

**Bruk av nettbaserte fillagringstjenester ved
privatbrukskopiering av digitale musikkverk og
filmverk**

Kandidatnummer: 334

Leveringsfrist: 25. april 2007

Veileder: Ole-Andreas Rognstad

Semester: V-07

Til sammen 14404 ord

25.04.2007

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Presentasjon av oppgaven	1
1.2	Problemstillingen, underproblemstillinger og den videre fremstillingen	2
<u>2</u>	<u>RETTSKILDER OG METODE</u>	<u>6</u>
2.1	Åndsverkloven	6
2.2	Norges folkerettslige forpliktelser	9
<u>3</u>	<u>EKSEMPLARFREMSTILLING TIL PRIVAT BRUK – ÅVL. § 12</u>	<u>11</u>
3.1	Innledning	11
3.2	Hensynene bak regelen	13
3.3	Eksempларfremstilling av verket	15
3.3.1	Begrepet "eksempларfremstilling"	15
3.3.2	Eksempларfremstilling ved bruk av eksterne lagringstjenester	17
<u>4</u>	<u>BRUK AV EKSTERNE LAGRINGSTJENESTER – PRIVATBRUKSKRITERIET</u>	<u>18</u>
4.1	Generelt om privatbrukskriteriet	18
4.2	Bruk av eksterne lagringstjenester og privatbrukskriteriet	21
<u>5</u>	<u>BRUK AV EKSTERNE LAGRINGSTJENESTER – "ENKELTE EKSEMPLAR"</u>	<u>23</u>
5.1	Generelt om begrepet "enkelte eksemplar"	23

5.2	Bruk av eksterne lagringstjenester og ”enkelte eksemplar”	26
5.2.1	Generelt	26
5.2.2	Særlig om midlertidige eksemplarer	28
5.2.3	Vilkåret om lovlig bruk i § 11a	32
6	<u>FORBUDET MOT BRUK AV ”FREMMEDE HJELP”</u>	38
6.1	Innledning	38
6.2	Begrepet ”fremmed hjelp”	39
6.3	Bruk av eksterne lagringstjenester og forbudet mot ”fremmed hjelp”	43
7	<u>AVSLUTTENDE BEMERKNINGER</u>	47
	<u>LITTERATURLISTE</u>	49

1 Innledning

1.1 Presentasjon av oppgaven

Temaet for denne oppgaven er bruk av nettbaserte fillagringstjenester ved privatbrukskopiering av digitale musikkverk og filmverk. En nettbasert fillagringstjeneste er en tjeneste som tilbyr lagringsplass for digital informasjon over internett.¹ En slik tjeneste er et resultat av digitaliseringen og utviklingen av nettverkslagring som stadig pågår. Opphavsrettslige verk, herunder filmverk og musikkverk, er tilgjengelige på en helt annen måte og i et mye større omfang i den digitale verden enn i den analoge. Nettbaserte fillagringstjenester er i denne sammenheng et egnet lagringsmedium som tillater at store mengder digitalt innhold blir lagret over nettet. Det er et uavklart spørsmål hvorvidt bruk av slike eksterne lagringstjenester er tillatt. Spørsmålet vil her bli vurdert på bakgrunn av den adgang allmennheten har til privatbrukskopiering etter lov 12. mai 1961 nr. 2 om opphavsrett til åndsverk m.v. (åvl) § 12.

Åndsverkloven § 12 inngår i lovens kapittel 2, som regulerer adgangen til å bruke åndsverk uten at den enkelte opphavsmann har samtykket til dette. Den digitale teknologien gir helt nye muligheter for reproduksjon, ved at et åndsverk i digital form på kort tid kan kopieres i et stort antall eksemplarer av like god kvalitet som originalen. På denne bakgrunn har privatbrukskopieringen fått et enormt omfang, og forutsetningene for utnyttelse av åndsverk med hjemmel i åndsverkslovens kapittel 2 er dermed endret i tråd med den digitale utviklingen.

Eksemplarframstillingsretten til privat bruk har alltid stått i et visst konkurranseforhold til opphavsmannens rettigheter, idet avgrensningen som tillater privat bruk innskrenker rådigheten over verket. Situasjonen slik den er i dag er imidlertid ikke sammenlignbar med

¹ Se nærmere om dette i punkt 1.3.2

forholdene slik de var ved lovens vedtakelse i 1961. Ved bruk av digitale kopierings- og spredningsmedier kan åndsverk deles og spres ved få tastetrykk. Denne utviklingen har ført til at balansen som ønskes opprettholdt mellom opphavsmannens og allmennhetens interesser delvis har blitt endret.

I lys av denne utviklingen og på bakgrunn av EUs opphavsrettsdirektiv,² ble åndsverksloven endret i 2005. Utviklingen av de opphavsrettslige reglene har alltid vært knyttet til den teknologiske utviklingen.³ Reglene har kommet til som en følge av de tekniske mulighetene for masseutnyttelse av åndsverk. Lovendringene har ført til at det eksisterer uklarheter både i tilknytning til nedlasting, kopiering og lagring av digitalt innhold, og det har i denne sammenheng blitt uttalt at forbrukere rammes av et ”digitalt kaos”. Det er følgelig et klart behov for at rettstilstanden rundt endringene av åndsverkloven klargjøres. Uklarheten rammer brukerne på den måten at det råder tvil om skillet mellom hva som må anses som lovlig og ulovlig kopiering og lagring av blant annet digitale filmverk og musikkverk. Privatbruksbestemmelsen må til enhver tid ta hensyn til de muligheter ny teknologi gir når det gjelder både lagring, spredning og bruk av åndsverk,⁴ og det er i en slik kontekst bruk av eksterne lagringstjenester vil bli behandlet.

1.2 Problemstillingen, underproblemstillinger og den videre fremstillingen

Åndsverklovens hovedregel er at den enkelte opphavsmann har rett til å bestemme om og hvordan hans åndsverk skal gjøres tilgjengelig for andre.⁵ Opphavsmannen gis en enerett til å råde over åndsverket ”ved å fremstille varig og midlertidig eksemplarer av det og ved å gjøre det tilgjengelig for allmennheten, i opprinnelig eller endret skikkelse, i oversettelse eller bearbeidelse, i annen litteratur- eller kunstart eller i annen teknikk”, jf. åvl. § 2. I

² Europaparlaments- og rådsdirektiv 2001/29/EF av 22. mai 2001

³ Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) s. 7

⁴ Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) s. 8

⁵ Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) s. 7

praksis betyr det at man ikke kan forføye over et åndsverk uten opphavsmannens samtykke.⁶ Denne eneretten er imidlertid ikke absolutt. Åndsverkslovens kapittel 2 inneholder en rekke bestemmelser som setter grenser for eneretten. Eneretten er blant annet avgrenset til fordel for privat bruk i åvl. § 12. Med hjemmel i denne bestemmelsen har fysiske personer på visse vilkår rett til å reproducere verk uten først å søke om opphavsmannens samtykke. Det er denne konkrete avgrensningsbestemmelsen fra opphavsmannens enerett som vil bli behandlet i det følgende.

Privatbruksbestemmelsen i åvl. § 12 utgjør en sentral ”låneregel” på opphavsrettens område.⁷ En låneregel innebærer at visse former for utnyttelse er fri for visse brukergrupper på visse vilkår, selv om den aktuelle utnyttelsen egentlig faller innenfor enerettsbeføyelsene slik disse er definert i åvl. § 2. Avgrensningen av eneretten gjennom åvl. § 12 bygger på at det skal foretas en interesseavveining mellom opphavsmannen på den ene siden og allmennheten på den andre. En slik vurdering er svært skjønnsmessig og medfører en vanskelig grensedracting.⁸

Oppgavens hovedproblemstilling er om eksterne lagringstjenester er i samsvar med åvl. § 12, eller om bruk av slike tjenester kommer i økonomisk konflikt med opphavsmannens rettigheter. For å klargjøre om forholdet overhodet reguleres av åvl. § 12, er det nødvendig å drøfte om bruk av eksterne lagringstjenester kan anses å falle inn under begrepet ”eksemplarframstilling” slik det fremgår i åvl. § 12.

Oppgaven reiser tre underproblemstillinger. Bruk av eksterne lagringstjenester vil først bli vurdert opp mot privatbrukskriteriet i åvl. § 12. Deretter vil det blir vurdert i hvilket omfang man har adgang til å fremstille eksemplarer uten å komme i konflikt med bestemmelsens begrensning til ”enkelte eksemplarer”, med henblikk på bruk av eksterne lagringstjenester. Til slutt vil jeg drøfte forbudet mot fremmed hjelp ved

⁶ Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) s. 7

⁷ Upulisert materiale Rognstad s. 246

⁸ Se nærmere om dette i punkt 3.2

privatbrukskopiering av musikkverk og filmverk, med særlig henblikk på om eksterne lagringstjenester er å anse som fremmed hjelp.

De eksterne lagringstjenestene setter i utgangspunktet ikke begrensninger når det gjelder hva slags digitalt innhold som kan lagres. Slike lagringstjenester vil følgelig kunne inneholde opphavsrettslige beskyttet materiale. Åndsverksloven gir opphavsrettslig vern for *åndswerk* jf. åvl. § 1. Et åndsverk er et immaterielt gode som omfatter litterære, vitenskapelige og kunstneriske verk av enhver art og uansett uttrykksmåte og uttrykksform, jf. åvl. § 1 andre ledd. Musikkverk og filmverk nyter opphavsrettslig beskyttelse i form av å være kunstneriske åndsverk jfr. åvl. § 1 andre ledd. Det er ekstern lagring av opphavsrettslig materiale i form av musikkverk og filmverk som vil være gjenstand for vurderingene av forholdet mellom åvl. § 12 og de eksterne lagringstjenestene i det følgende.

Uttrykket ekstern lagringstjeneste vil i det følgende avgrenses til kun å omfatte nettbaserte fillagringstjenester. En ekstern lagringstjeneste er en tjeneste der lagringsplass for digital informasjon over internett tilbys brukeren. Tjenesten fungerer slik at man laster ned et program og deretter velger hvilke digitale filer man ønsker å lagre på tjenesten. Formålet med lagringstjenesten er hovedsakelig sikkerhetskopiering av for eksempel musikkverk, bilder eller filmverk, og ettersom lagringen er nettbasert vil man ha tilgang til det lagrede innholdet alle steder hvor man har tilgang til internett. I tillegg kan man synkronisere filer eller mapper mellom egne PC-er, og dele enten filer eller mapper med flere brukere. Det digitale innholdet lagres på en stor server som administreres av tilbyderer av tjenesten. Slike tjenester utgjør i de fleste tilfeller et meget sikkert system ettersom de fleste tilbydere opererer med et sikkert krypteringssystem.

En nettbasert fillagringstjeneste er et resultat av den digitale utviklingen. Tjenesten utgjør et enkelt og mektig lagringsmedium, som er tilpasset en aktiv bruk av digital informasjon. Ved bruk av en ekstern lagringstjeneste er man ikke lenger avhengig av å være tilknyttet en bestemt datamaskin for å hente frem det lagrede innholdet. Man har, som nevnt, tilgang til

den digitale informasjonen overalt hvor man har internettilgang. Lagringstjenesten gir følgelig anledning til å åpne, søke og dele filer og foldere via enhver datamaskin, mobiltelefon eller annet digitalt utstyr tilknyttet internett.

Bruk av eksterne lagringstjenester tilbys både for bedrifter og privatpersoner. For bedrifter må eksterne lagringstjenester anses å utgjøre et godt alternativ for lagringssystem ettersom flere tilbydere av lagringstjenester tilpasser tjenesten til bedriftens behov. Enkelte tilbydere opererer med lisenser som eksempelvis kan selges til en hel bedrift, grupper på et lite antall mennesker eller enkeltpersoner. De funksjonene man kan benytte gjennom en ekstern lagringstjeneste er dermed begrenset til bruk innenfor de grenser som lisensen setter. Andre tilbydere tilbyr en lagringstjeneste hvor man kan benytte funksjonene som å dele og ”stream” innhold til alle som bruker den samme leverandøren.

De fleste tjenester legger ingen begrensning på hva slags type digitalt innhold som lagres på tjenesten, med unntak av at de fleste opererer med et vilkår i brukeravtalen om at man selv er ansvarlig for at innhold som lagres blant annet ikke skal stride mot den til enhver tid gjeldende opphavsrettslovgivningen. For personlig bruk må imidlertid den eksterne lagringstjenesten www.mp3tunes.com som er forbeholdt lagring av musikk nevnes. Tjenesten lar deg ta sikkerhetskopi av, synkronisere og høre på den digitale musikken du ønsker. Samtidig tilbys det en sidetjeneste, sideload.com, som lar deg høre på musikk som er generert på en toppliste som andre brukere av tjenesten har lagret. Du kan ved hjelp av et tastetrykk transportere en musikkfil direkte til lagringstjenesten dersom du ønsker å tilegne deg en av sangene som er generert. Til tross for at brukeravtalen med sideload.com forutsetter at man kun deler musikkfiler som ikke er opphavsrettslig beskyttet, inneholder tjenesten imidlertid mye musikk fra kjente artister som utvilsomt må være vernet etter opphavsretten.

Ulempen med å benytte nettbaserte fillagringstjenester er at det kan være en tidkrevende prosess å laste opp all musikken sin. Enda lenger tid vil det ta å laste opp hele filmer. I tillegg opererer enkelte tjenester med gratis lagringsplass inntil en viss grense, for så å ta

betaling for den lagringsplass man måtte ønske utover dette. Eksterne lagringstjenester drives følgelig i ervervsøyemed.

2 Rettskilder og metode

2.1 Åndsverkloven

Det rettskildemessige utgangspunktet for fremstillingen er åndsverkloven. Loven har en viktig kulturpolitisk funksjon ved at den fastsetter rettsregler om beskyttelsen og utnyttelsen av litterære, vitenskapelige og kunstneriske verk.⁹

Allmennhetens rett til å fremstille eksemplar til privat bruk har kommet til uttrykk i åvl. § 12. Bestemmelsen gir som hovedregel adgang til eksemplarframstilling av offentliggjort verk til privat bruk. Slik privatbrukskopiering er imidlertid begrenset til spredning og annen tilgjengeliggjøring innenfor en persons privatsfære.¹⁰ Utnyttelsen i henhold til åvl. § 12 er videre underlagt begrensninger ved at eksemplarframstilling ikke skal skje i ”ervervsøyemed”, og åndsverkene skal heller ikke utnyttes ”i annet øyemed”, jf. § 12 første ledd første punktum. Fra hovedregelen om adgang til eksemplarframstilling til privat bruk gjøres det visse unntak i åvl. § 12 andre og tredje ledd. Det er bestemmelsens tredje ledd som her vil være aktuell. Dette unntaket omhandler bruk av fremmed hjelp ved privatbrukskopiering av blant annet musikkverk og filmverk. Bruk av eksterne lagringstjenester vil således bli vurdert opp mot bestemmelsen første og tredje ledd.

Åndsverkloven har blitt endret flere ganger siden lovens vedtakelse i 1961. Loven ble sist endret 17. juni 2005.¹¹ En vesentlig del av lovendringene gjaldt gjennomføringen av EUs

⁹ Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) s. 7

¹⁰ Se nærmere om dette i punkt 4.1

¹¹ Lov 17. juni 2005 nr. 97 om endringer i åndsverkloven m.m.

opphavsrettsdirektiv om harmonisering av visse aspekter av opphavsrett og nærstående rettigheter i informasjonssamfunnet¹² i norsk lov. Det er for øvrig vedtatt en rekke EU-direktiver for å harmonisere reglene innenfor det indre marked på opphavsrettsfeltet. Disse er gjort til del av EØS-avtalen¹³ og gjelder følgelig som norsk lov.¹⁴ Endringer i åndsverkloven ble også gjort for å oppnå en forenkling av regelverket og for å tilpasse loven til bruk av ny teknologi.¹⁵ Det ble imidlertid ikke foretatt en helhetlig revisjon av åndsverklovens oppbygging og inndeling.

EUs opphavsrettsdirektiv innebærer en ytterligere harmonisering av medlemsstatenes lovgivning på området for opphavsrett og nærstående rettigheter. Hovedmålsetningen er å skape rettslig klarhet når det gjelder utnyttelse av vernede åndsverk og arbeider i digital form. Gjennom EØS-avtalen er Norge forpliktet til å tilpasse opphavsrettslovgivningen til EU-direktiver. Innføringen av opphavsrettsdirektivet i norsk rett førte til at det måtte foretas enkelte begrensninger av retten til eksemplarframstilling til privat bruk. Blant annet fikk åvl. § 12 første ledd et tillegg i tredje punktum om at opphavsmennene skal gis en rimelig kompensasjon for avgrensningen som tillater privat bruk. I forlengelsen av dette ble det gitt en forskriftshjemmel i fjerde punktum som fastsetter at Kongen kan gi nærmere regler om fordelingen av kompensasjonen.

Opphavsrettsdirektivet stenger ikke for bruk av fremmed hjelp ved privatbrukskopiering. Dette er sammenfallende med utgangspunktet om at man etter norsk rett kan benytte seg av fremmed hjelp ved privatbrukskopiering, og som ble videreført ved lovendringen i 2005. Adgangen til å benytte fremmed hjelp ved privatbrukskopiering er imidlertid underlagt en del viktige unntak etter norsk rett. Blant annet gjelder et forbud mot bruk av fremmed hjelp ved privatbrukskopiering av musikkverk og filmverk, jf. § 12 tredje ledd. Før lovendringen i 2005 var det for privatbrukskopiering av musikkverk og filmverk tilknyttet et vilkår om at

¹² Europaparlaments- og rådsdirektiv 2001/29/EF av 22. mai 2001

¹³ EØS – avtalen vedlegg XVII om opphavsrett, jf. EØS- komiteens beslutning nr. 110/2004.

¹⁴ Lov 27. november 1992 nr. 109 EØS-loven § 1

¹⁵ Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) s. 8

hjelperen måtte medvirke i ”erhvervsøyemed” for å være omfattet av forbudet mot fremmed hjelp. Lovendringen førte imidlertid til at forbudet ble utvidet. Vilkåret om ”erhvervsøyemed” ble tatt ut og følgelig omfattes nå musikkverk og filmverk av det generelle forbudet mot bruk av fremmed hjelp ved privatbrukskopiering.

For å finne hvorvidt eksterne lagringstjenester er i tråd med privatbruksadgangen i åvl. § 12, må det foretas en fortolkning av bestemmelsen. Utgangspunktet for tolkningen er bestemmelsens ordlyd. Størsteparten av bestemmelsens ordlyd står uforandret siden vedtakelsen av åndsverkloven i 1961. Det finnes lite høyesterettspraksis av relevans for privatbruksbestemmelsen, slik at det ved en presisering og tolkning av ordlyden vil være nødvendig å se hen til forarbeider og utredninger som ligger til grunn for åndsverkloven, samt de reelle hensyn som gjør seg gjeldende på området.

De forarbeider som vil være av relevans ved behandlingen av problemstillingen er først og fremst Ot.prp.nr.26 (1959-1960) og Innst.O. XI (1960-1961). Disse forarbeidenes omtale av § 12 er relativ knapp, men det legges til grunn at adgangen til privatbrukskopiering etter § 12 må bero på en avveining av hensynet til opphavsmannen og hensynet til allmennheten.¹⁶ En slik avveining vil derfor stå sentralt i den videre fremstillingen. Videre vil Ot.prp. nr. 46 (2004- 2005) og Innst.O. nr. 103 (2004-2005) være av særlig betydning for vurderingene knyttet til oppgavens problemstilling. Disse forarbeidene omhandler gjennomføringen av opphavsrettsdirektivet i åndsverkloven, samt spørsmålet om hvordan man kan oppnå enklere regler og videre tilpasse loven til bruk av ny teknologi.

Ved utarbeidelsen av lovendringene som var nødvendige for å gjennomføre direktivet i norsk rett, forelå det et samarbeid mellom de nordiske landene idet de søkte å videreføre en harmonisert lovgivning på området. Også åndsverkloven av 1961 var et resultat av et fellesnordisk samarbeid. På denne bakgrunn er det i stor grad rettslikhet mellom landene, og den øvrige nordiske rett utgjør følgelig en relevant rettskildefaktor. I denne forbindelse

¹⁶ Innst.O. XI (1960-1961) s. 2

vil de vurderingene av åvl. § 12 som er foretatt i den nordiske utredingen ”Upphovsrätt I, Fotokopiering och bandinspelning särskilt inom undervisningsverksamhet”; NU 1973:21 være av relevans.

Ettersom opphavsrettsdirektivet ligger til grunn for en stor del av lovendringene som ble foretatt i 2005, vil det materielle innholdet i direktivets bestemmelser være av stor rettskildemessig betydning.

2.2 Norges folkerettslige forpliktelser

Avgrensningen av eneretten som foretas gjennom åvl. § 12 må sees i sammenheng med de internasjonale opphavsrettlige konvensjonene Norge er tilsluttet. Bern-konvensjonen¹⁷ er den viktigste og eldste av opphavsrettskonvensjonen som Norge har tiltrådt. Konvensjonen ble til i 1886 og Norge tiltrådte i 1896. Konvensjonen inneholder en generell bestemmelse i artikkel 9 (1) om at opphavsmannen skal ha enerett til å tillate reproduksjon (eksemplarframstilling), ”på enhver måte og i enhver form”. Det er imidlertid unntatt enkelte tilfeller, jf. den såkalte ”tretrinns testen” i artikkel 9 (2), som sier at konvensjonspartene skal kunne tillate reproduksjon uten opphavsmannens samtykke ”i visse spesielle tilfelle, under forutsetning at slik reproduksjon ikke skader den normale utnyttelse av verket og ikke på urimelig måte tilsidesetter opphavsmannens legitime interesser (min utheving)”. Tretrinns testen danner følgelig rammen for konvensjonspartenes adgang til å ha unntak fra eneretten til eksemplarframstilling i nasjonal lovgivning.

Tretrinns testen har videre kommet til uttrykk i TRIPS-avtalen (avtale om handelsrelaterte sider ved immaterielle rettigheter) artikkel 13. TRIPS- avtalen er en del av WTO- avtalen som trådte i kraft 1. januar 1996. Norge er medlem av WTO og er følgelig bundet av

¹⁷ Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, 1888 (med senere endringer Paris 1971)

TRIPS-avtalens bestemmelser. TRIPS-avtalen oppstiller minimumskrav til nasjonal beskyttelse på de fleste områder innenfor immaterialretten.

Opphavsrettstraktaten i WIPO (World Intellectual Property Organization), WCT, fra 1996 har også inntatt tretrinns testen som ramme for unntak fra alle utnyttingsrettigheter, jf. traktatens artikkel 10 (2). Norge har ikke signert WIPOs traktat fra 1996, men idet opphavsrettsdirektivet gjennomfører flere forpliktelser etter denne traktaten, vil traktaten indirekte få betydning for norsk rett. Opphavsrettsdirektivet har, i tråd med WIPO-traktaten om opphavsrett (WCT), inntatt tretrinns testen som en generell ramme for alle de unntak som direktivet i utgangspunktet hjemler gjennom artikkel 5.5. Dette betyr blant annet at selv om et vidtgående unntak etter ordlyden i artikkel 5.2 eller 5.3 i opphavsrettsdirektivet synes å være gjennomførbart for nasjonale lovgivere, må unntaket prøves mot tretrinns testen. I direktivets fortale (44) er det blant annet presisert at nye digitale utnyttingsmåter kan innebære at tradisjonelt aksepterte unntak vil være for vidtgående i forhold til digital bruk. Dette begrunnes med den økte økonomiske betydning slik digital utnyttelse kan ha i forhold til tidligere analog bruk.¹⁸

Tretrinns testen forplikter medlemslandene til ikke å begrense eneretten utover den ramme testen gir. Testen vil følgelig sikre at avgrensningen av eneretten ikke går for langt. Det har vært diskutert hvorvidt et slikt prinsipp bør vedtas i norsk lovgivning.¹⁹ Testen gir ikke brukerrettigheter i seg selv, men utgjør i utgangspunktet et verktøy for lovgiver. Hovedformålet med testen er å balansere behovet for vern av immaterialrettigheter mot samfunnets og den enkeltes ulike behov for å kunne utnytte åndsverk uten å være avhengig av opphavsmannens samtykke. Den samme interesseavveiningen har kommet til uttrykk i forarbeidene til åvl. av 1961. Det uttales i Innst.O. XI (1960-1961) s. 4: ”Det er ikke bare de rent ensidige ophavsmanninteresser lovgiveren skal ta hensyn til, men også almenhetens og samfundets kulturinteresser, og når disse står i strid med hverandre, må resultatet her som ellers søkes i kompromissets tegn.”

¹⁸ Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) s. 29

¹⁹ Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) s. 30

Åndsverkloven bygger følgelig på et prinsipp som tilsvarer det prinsippet som tretrinns testen gir uttrykk for. Det kan på denne bakgrunn sies å foreligge en presumsjon om at tretrinns testen kan legges til grunn som gjeldende norsk opphavsrett, og at det på denne bakgrunn ikke har vært ansett som nødvendig med en lovfesting. Som redegjort for ovenfor, inngår for øvrig tretrinns testen som en internasjonal anerkjent ramme for nasjonal handlefrihet når det gjelder adgangen til å gjøre unntak fra eneretten.²⁰

3 Eksemplarframstilling til privat bruk – åvl. § 12

3.1 Innledning

For at bruk av en ekstern lagringstjeneste ved privatbrukskopiering av musikkverk og filmverk skal være tillatt, må bruken oppfylle de vilkårene som oppstilles i åvl. § 12. Det vil her bli gitt en oversikt over bestemmelsens vilkår slik disse vil være av relevans for framstillingen. Framstillingen begrenses med dette til å omhandle bestemmelsens første og tredje ledd.

For så vidt gjelder første ledd vil hovedvekten bli lagt på hvorvidt bruk av en ekstern lagringstjeneste kan sies å være i tråd med vilkårene om at eksemplarframstillingen må foretas til ”privat bruk” og at bruken må begrenses til kun å gjelde ”enkelte eksemplarer”. Jeg vil i det følgende gi en oversikt over fortolkningen av begrepene, for deretter å se om den bruk en ekstern lagringstjeneste fører til er i tråd med lovens vilkår.

Videre vil jeg vurdere hva som ligger i forbudet mot bruk av fremmed hjelp i § 12 tredje ledd. Jeg vil avgrense framstillingen til å omfatte bruk av fremmed hjelp som benyttes ved

²⁰ Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) s. 30

privatbrukskopiering av musikkverk og filmverk, og jeg vil på bakgrunn av dette vurdere om en ekstern lagringstjeneste er å anse som fremmed hjelp.

Retten til privatbrukskopiering forutsetter at det dreier seg om et offentliggjort verk, jf. § 12 første ledd, samt at det fremstilles eksemplar på bakgrunn av et lovlig kopieringsgrunnlag, jf. § 12 fjerde ledd. Hva som er et offentliggjort verk er nærmere regulert i § 8. Det har her kommet til uttrykk at et åndsverk som hovedregel er offentliggjort ”når det med samtykke av opphavsmannen er gjort tilgjengelig for allmennheten”, jf. § 8 første ledd første punktum.

Hva som utgjør lovlig kopieringsgrunnlag kan utledes av § 12 fjerde ledd. Det følger av bestemmelsen at det ikke er tillatt å fremstille eksemplar på grunnlag av en gjengivelse av verket som er i strid med § 2, eller på grunnlag av et eksemplar som har vært gjenstand for eller er resultat av en omgåelse av vernede tekniske beskyttelsessystemer, med mindre slik eksemplarframstilling er nødvendig etter § 53a tredje ledd andre punktum. Paragraf 53a tredje ledd andre punktum relaterer seg til at forbudet mot omgåelse av tekniske beskyttelsessystemer ikke skal være til hinder for privat brukers tilegnelse av lovlig anskaffet verk på det som i alminnelighet oppfattes som relevant avspillingsutstyr. Kravet om lovlig kopieringsgrunnlag ble innført ved lovendringen av 2005, og er i tråd med opphavsrettsdirektivets artikkel 5.5 som forutsetter at unntak og avgrensninger som fastsettes i nasjonal lov ikke er i strid med tretrinns testen. Kravet er begrunnet i at de muligheter for massiv kopiering og distribusjon av ulovlige kopier som muliggjøres av digitaliseringen, har ført til en privatbrukskopiering som utgjør en trussel mot rettighetshavernes legitime interesser.

Det vil her føre for langt å redegjøre nærmere for hva som må anses som offentliggjort verk og lovlig kopieringsgrunnlag. Det forutsettes i det følgende at de digitale musikkverk og filmverk som lagres på en ekstern lagringstjeneste tilfredsstiller kravet om at det må dreie seg om et offentliggjort verk og lovlig kopieringsgrunnlag.

3.2 Hensynene bak regelen

Opphavsretten handler i utgangspunktet om opphavsmannens enerett til sitt verk og herunder et vern mot at verkene utnyttes av andre enn opphavsmannen selv, utover den adgangen åndsverkloven gir. Det er opphavsmannens såkalte ideelle og økonomiske interesser som skal ivaretas gjennom det opphavsrettslige vernet. De såkalte *ideelle rettighetene* knytter seg til opphavsmannens personlige og kunstneriske interesser i verket, og gjelder blant annet kravet til navngivelse og vern mot krenkende gjengivelser, jf. åvl. § 3. De *økonomiske rettighetene* har kommet til uttrykk i åvl. § 2 som gir opphavsmannen enerett til å råde over verket ved å fremstille eksemplarer av det og ved å gjøre verket tilgjengelig for allmennheten. Det opphavsrettslige vernet må imidlertid avveies mot foreliggende samfunnshensyn som taler for at opphavsmannens enerett ikke er absolutt. Til grunn for reglene i åndsverklovens bestemmelser ligger derfor en interesseavveining hvor sterke og langvarige eneretter balanseres mot en rekke innskrenkninger i retten, slik som blant annet allmennhetens rett til å fremstille eksemplar til privat bruk i § 12.

Privatbruksadgangen i § 12 kan forankres i to hensyn, som betegnes som ”behovshensynet” og ”kontrollhensynet”. Allmennhetens rett til privatbrukskopiering kan for det første begrunnes med at det finnes et betydelig praktisk behov for at enkelte personer skal kunne ta avskrift og andre kopier til sitt eget bruk. For det andre kan privatbruksadgangen (til et visst omfang) begrunnes med at det vil være store praktiske utfordringer knyttet til en effektiv kontroll av den kopieringen som foregår innenfor den private sfære.

Avgrensningen av opphavsmannens enerett gjennom § 12 kan som nevnt sies å være et resultat av avveiningen av hensynet til opphavsmannens råderett over verket, og allmennhetens interesse i å få tilgang til verket. Denne avveiningen kommer til uttrykk i forarbeidene fra 1961, hvor det fremgår at det ikke bare er de rent ensidige opphavsmannsinteresser lovgiver skal ta hensyn til, men også allmennhetens og samfunnets

kulturinteresser.²¹ Forarbeidene forutsetter at allmennhetens rett til verket ikke skal vurderes som mer eller mindre vilkårlige unntak fra en tenkt, absolutt rett for opphavsmannen, men derimot likestilles med opphavsmannens rett. Dette gir holdepunkter for at bestemmelsene i åndsverkloven kapittel 2 ikke uten videre skal underlegges en innskrenkende eller streng fortolkning, selv om bestemmelsene utgjør innskrenkninger i opphavsmannens enerett. Dette kommer til uttrykk hos Knoph;²² "(...) de positive reglene om opphavsretten er resultanten av to likeverdige komponenter, tanken på opphavsmannen og tanken på allmennheten [...] Enhver tanke på at reglene i kap. 2 er unntak som må tolkes strengt eller endog innskrenkende, må derfor være utelukket".

Avveiningen som skal foretas mellom opphavsmannens interesser og allmennheten fører imidlertid til at privatbruksadgangen ikke er absolutt, men er underlagt enkelte begrensninger. Privatbruksbestemmelsen i § 12 ble gitt under den forutsetning at privates adgang til å kopiere verk ikke på urimelig måte skal skade opphavsmannens interesser.²³ Bestemmelsen må følgelig tolkes på bakgrunn av den lovgivningsmessige begrunnelse, som ikke tillater at det foretas en privatbrukskopiering som rekker så langt at den kommer i regulær økonomisk konkurranse med opphavsmannen. Denne interesseavveiningen har videre kommet til uttrykk i forarbeidene til lovendringen av 2005. Det ble her uttalt at den etablerte balansen mellom hensynet til opphavsmenns interesser i å ha kontroll over bruk av sine åndsverk og allmennhetens interesse i at flest mulig får tilgang til åndsverk, skal opprettholdes.²⁴

Åndsverkloven kan sies å bygge på et grunnleggende prinsipp om at handlinger som skjer innenfor privatsfæren skal være fri for opphavsrettslig regulering.²⁵ Privatbruksadgangen er dermed et utslag av hensynet til privatlivets fred. Dette tradisjonelle synet har hatt solid

²¹ Innst. O. XI (1960-1961) s. 4

²² Knoph, Åndsretten s. 124

²³ Innst.O. XI (1960-1961) s. 18

²⁴ Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) s. 5

²⁵ Upublisert materiale Rognstad s. 247

forankring i den analoge verden, men ettersom man på bakgrunn av den digitale utviklingen kan ta perfekte kopier i stort omfang, kan det følgelig spørres om det grunnleggende prinsippet står like støtt som tidligere.

Som en konsekvens av den digitale utviklingen står allmennhetens adgang til å eksemplarfremstille til privat bruk i et helt annet konkurranseforhold til opphavsmennene enn hva som var tilfellet ved lovens vedtakelse i 1961. For at privatbruksadgangen skulle kunne opprettholdes ved lovendringen i 2005 ble det på bakgrunn av opphavsrettdirektivets krav om at opphavsmannen skal ha kompensasjon for privatbrukskopiering, vedtatt en kompensasjonsordning.²⁶ Innføringen medførte at staten betaler kompensasjon for privatbrukskopieringen, og åvl. § 12 kan følgelig fortsatt anses som en "fribruksregel" idet man kan kopiere til privat bruk uten å selv betale opphavsmannen.

Kompensasjonsordningen er i tråd med tretrinns testen som har kommet til uttrykk i både Bern-konvensjonens artikkel 9(2) og opphavsrettsdirektivets artikkel 5.5. Ved at direktivet legger opp til at rettighetshaverne får et rimelig vederlag veier dette opp for at privatbruksadgangen skal opprettholdes i den digitale verden. Dette er videre kommet til uttrykk i forarbeidene som gir uttrykkelig sier at adgangen til kopieringen til privat bruk etter åvl. § 12 skal opprettholdes.²⁷

3.3 Eksemplarfremstilling av verket

3.3.1 Begrepet "eksemplarfremstilling"

Paragraf 12 gir adgang til å fremstille eksemplar til privat bruk. Det må følgelig vurderes om den lagringen som finner sted på en ekstern lagringstjeneste kan sies å omfattes av uttrykket "fremstille eksemplar".

²⁶ Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) s. 43

²⁷ Innst. O. Nr. 103 (2004-2005) s. 5

Eksemplarframstilling omfattar ikkje lenger berre framstillingen av fysiske kopier, men har utviklet seg til også å omfatte framstilling av elektroniske eksemplarer slik som nedlasting på en datamaskins harddisk og opplasting på en "tjenermaskin" (server).²⁸

Problemstillingen i det følgjende er hva begrepet eksemplarframstilling kan sies å omfatte.

Rekkevidden av opphavsmannens enerett til eksemplarframstilling ble utvidet som følge av gjennomføringen av forpliktelsene etter opphavsrettsdirektivet. Etter endringen omfattar nå eksemplarframstillingsretten framstilling av både varig og midlertidig eksemplar, jf. § 2. Et "varig eksemplar" fremstilles ved at et eksemplar gir en varig verksopplevelse. Dette gjelder uavhengig av om det fremstilles et digital eller fysisk eksemplar. Ved anvendelsen av digitale lagringsmedier anser man den lagringen som skjer på det digitale lagringsmediet som et varig eksemplar. Kopierer man musikken sin over på en mp3-spiller fremstiller man følgelig et varig eksemplar. Det samme er tilfellet hvis man lagrer et digitalt filmverk på en DVD.

Begrepet "midlertidig eksemplar" er derimot myntet på de midlertidige lagringer som skjer ved bruk av åndsverk gjennom datamaskiner. Innen den moderne informasjonsteknologien gjøres et stort antall midlertidige mellomlagringer av hovedsakelig teknisk karakter. Et midlertidig eksemplar kan anses å være av en tilfeldig karakter og av kort varighet. Teknikken som benyttes for å muliggjøre digital verksutnyttelse forutsetter framstilling av midlertidige kopier av verket. Dette gjelder også for former for verksutnyttelse som tradisjonelt sett ikkje innebærer eksemplarframstilling, for eksempel fremføring.²⁹ Det fremstilles følgelig midlertidige eksemplarer ved digital verksutnyttelse hvor det ikkje fremstilles varige eksemplarer. Et midlertidig eksemplar kan typisk anses som en tilfeldig lagring i en datamaskins minne som forsvinner når dataen slås av.³⁰ Eksempelvis fremstilles midlertidig eksemplar ved "browsing", dvs. når man ved søking i nettverk ser på materiale via en datamaskin, eller ved "caching", altså når materiale mellomlagres i

²⁸ Upublisert materiale Rognstad s. 249

²⁹ Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) s. 16

³⁰ Olsson, Henry. *Upphovsrättslagsstiftningen. En kommentar*. 2. uppl. Stockholm, 2006 s. 72

forbindelse med transport i nettverk eller bruk av verket. Det er videre en forutsetning for enhver avspilling av digitalt lagrede verk at det fremstilles et midlertidig eksemplar. Eksempelvis må det fremstilles et midlertidig eksemplar for at man skal kunne spille av en sang på en mobiltelefon eller se en dvd på en bærbar PC. Etter avspillingen er avsluttet vil det midlertidige eksemplaret forsvinne fra det digitale mediet.

I prinsippet vil følgelig enhver bruk av åndsverk i datamaskiner falle inn under åvl. § 2.

3.3.2 Eksemplarframstilling ved bruk av eksterne lagringstjenester

Problemstillingen i det følgende er når eksemplarframstilling ved bruk av eksterne lagringstjenester kan sies å foreligge.

Ved bruk av eksterne lagringstjenester fremstiller man et varig eksemplar ved at det digitale verket lagres på tilbyderens server. Man oppnår en varig verksopplevelse ved at det fremstilte eksemplaret er av vedvarende karakter. Det varige eksemplaret som er fremstilt på den eksterne lagringstjenesten ligger lagret enten som en fil eller folder.

Eksemplarframstillingen kan følgelig sammenlignes med eksemplarframstilling som finner sted ved lagring på et hvilket som helst annet personlig lagringsmedium, som eksempelvis en personlig harddisk, server etc. Ved at det fremstilles ett varig eksemplar på den eksterne lagringstjenesten får man imidlertid tilgang til verket gjennom kanaler som andre lagringsmedier ikke gir tilgang til. Dersom man lagrer en kjøpt kopi av et åndsverk på den eksterne lagringstjenesten får man tilgang til verket gjennom ethvert digitalt medium som er koblet opp mot internett. Man får eksempelvis tilgang til verket gjennom en mobiltelefon, PC på jobben, hjemmeanlegg for audiovisuell avspilling etc.

Det fremstilles ikke et varig eksemplar ved at man åpner tjenesten med et digitalt medium. For å oppnå slik tilgang forutsettes det imidlertid at et midlertidig eksemplar fremstilles. Det er den midlertidige eksemplarframstillingen som muliggjør selve avspillingen av det

digitale verket som er lagret på en ekstern lagringstjeneste. Det foretas en tilfeldig lagring på det digitale mediet som åpner tjenesten, som etter å ha hentet frem verket blir slettet. Det fremstilles følgelig et midlertidig eksemplar av eksempelvis en sang som spilles av på en datamaskin eller mobiltelefon, eller en film som spilles av på et audiovisuelt avspillingsutstyr, som forsvinner etter at avspillingen er gjennomført. Eksemplarfremstillingen kan således ikke sammenlignes med det varige eksemplaret som fremstilles på selve lagringstjeneste, idet det er av en flyktig karakter.

4 Bruk av eksterne lagringstjenester – privatbrukskriteriet

4.1 Generelt om privatbrukskriteriet

Paragraf 12 hjemler allmennhetens adgang til å fremstille eksemplar til privat bruk. Bestemmelsen omfatter en begrenset rett til eksemplarfremstilling, idet det må dreie seg om ”privat bruk” som ”ikke skjer i ervervsøyemed” og heller ikke ”utnyttes i annet øyemed”. Problemstillingen i det følgende er hva privatbrukskriteriet kan sies å omfatte.

For å klargjøre begrepet ”privat bruk” er det i Ot.prp. nr. 26 (1959-1960) s. 16 trukket en grense mellom privat og offentlig bruk. Uttalelsene er i utgangspunktet gitt i forbindelse med hvilken krets man kan gjøre et verk tilgjengelig for, jf. § 2, men grensedragningen har også betydning for tolkningen av åvl. § 12.³¹ Offentligheten sammenlignes her med allmennheten, mens privat bruk blir uttalt av Knoph å omfatte den bruk som skjer innenfor den forholdsvis snevre krets som familie-, vennskaps- eller omgangsbånd skaper.³² Videre er det uttalt at privat bruk omfatter mer enn kun personlig bruk.

³¹ Ot.prp. nr. 26 (1959-1960) s. 16

³² Ot.prp. nr. 26 (1959-1960) s. 16

Privat bruk kan bare anses å foreligge i spørsmål om fysiske personers bruk. Rett til mangfoldiggjøring til privat bruk kan derfor aldri tilkomme juridiske personer. Privat bruk foreligger åpenbart ikke om fremstillingen skjer i hensyn å gjøre verket tilgjengelig for allmennheten.³³

Avgrensningen av hva begrepet ”privat bruk” tillater av privatbrukskopiering er til dels vanskelig. Det må være klart at begrepet i hvert fall omfatter eksemplarframstilling som tilgodeser et rent personlig behov. Dette utgjør selve kjerneområdet til åvl. § 12.³⁴ Begrepet omfatter videre bruk blant venner og familie. Det kan imidlertid by på problemer å vurdere hvem som inngår i ens venne- og familiekrets, idet begrepene må anses som svært skjønnsmessige. For å finne hvor grensen går for hvem som faller inn under beskrivelsen må det foretas en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle. Vurderingen som må foretas beror på hvilken tilknytning som finnes mellom eksemplarframstilleren og den det fremstilles et eksemplar til. Tilknytningskravet har blitt tolket relativt strengt, og det avgjørende momentet for vurderingen vil være om det eksisterer et personlig bånd til den det eksemplarframstilles til.³⁵

Der er i denne sammenheng verdt å se hen til dommen i Rt. 1991 s. 1296 (Pornovideo). Høyesterett uttalte her at ”en kopiering til bruk for arbeidskolleger måtte kunne skje med hjemmel i § 12 dersom disse også er personlige venner”, noe som ikke var tilfellet idet ”det ikke var noen kontakt som kan sammenlignes med et vennskapsforhold”. Dette er i tråd med lovens forarbeider. Det er uttalt i NOU 1983: 35 s. 28: ”Også framstilling for bruk i andre lukkede private kretser, så som klubber, foreninger, sammenkomster f.eks. på en arbeidsplass, kan skje med hjemmel i § 11 (nåværende § 12), forutsatt at det er andre mer personlige tilknytningspunkter mellom deltakerne”.

³³ NU 1973:21 s. 67

³⁴ Therese Steen, *Eksemplarframstilling av litterære verk til privat bruk*, Oslo 1996 s. 27

³⁵ Therese Steen, *Eksemplarframstilling av litterære verk til privat bruk*, Oslo 1996 s. 30

Dette synet er opprettholdt i Ot.prp. nr. 15 (1994-1995) s. 38 som uttaler: ”Det legges til grunn at bruk også innenfor andre lukkede private kretser er å anse som privat bruk når det er personlige tilknytningspunkter mellom deltakerne, f.eks. at de tilhører samme omgangskrets”.

Privat bruk må sees i sammenheng med de øvrige kriteriene i åvl. § 12 om at eksemplarframstillingen ikke kan foretas i ervervsøyemed eller i annet øyemed. Uttrykket ”ervervsøyemed” kan sies å omfatte eksemplarframstilling med det formål at det skal benyttes i inntektsbringende virksomhet, uavhengig av om virksomheten drives med sikte på økonomisk fortjeneste.³⁶ Begrepet ”annet øyemed” kan tas til inntekt for å begrense enhver bruk til kun å omfatte privat bruk. Passusen gir dermed uttrykk for at adgangen til eksemplarframstilling til ”privat bruk” er uttømmende. Det ble uttalt i Innst. O. XI (1960-1961) s. 18: ”I forbudet mot at eksemplar fremstilt med hjemmel i § 12 utnyttes i annet øyemed, ligger at de ikke på noe tidspunkt må bringes ut av det private område før det åndsverk som er kopiert er falt i det fri. Privat bruk betyr riktignok ikke personlig bruk, det er ikke ulovlig å overlate kopiene til en personlig venn eller til et familiemedlem. Kopiene kan gå i arv og de kan gis bort innen familien eller den nærmeste omgangskrets, men de kan ikke spres utenfor denne snevre krets av slekt, familie og venner.”

Dette er i tråd med hensynet bak bestemmelsen som kun tilgodeser den snevre krets av familie og venner gjennom avgrensningen av opphavsmannens enerett. Fremstiller man eksemplar utover de rammer som bestemmelsen setter vil man komme i konflikt med opphavsmannens økonomiske interesser.

Avgrensningen til privat bruk har tradisjonelt ikke blitt ansett å komme i konflikt med opphavsmannens økonomiske rettigheter, idet innvirkningen av privat bruk på et verks utnyttelse har blitt ansett å være ubetydelig. Anvendelsen av de mangfoldige reproduksjonsteknikker som finnes i dag utgjør imidlertid en betraktelig større trussel for

³⁶ Upublisert materiale Rognstad s. 251

opphavsmannens legitime interesser enn hva som var tilfellet i den analoge verden. Fortolkningen av kretsen som inngår i den private sfære er den samme uavhengig av om det fremstilles analoge eller digitale eksemplarer. For at privatbruksadgangen ikke skal gå utover de rammer som avgrensningsbestemmelsen i § 12 setter og følgelig komme i konflikt med opphavsmannens regulære økonomiske interesser, er det nødvendig å holde privatbrukskriteriet opp mot bestemmelsens øvrige kriterier. Privat bruk innebærer i seg selv en begrensning i antallet eksemplarer som kan fremstilles, men det er imidlertid på det rene at det totale antall reproduksjoner kan bli temmelig stort før det er i strid med privatbruksvilkåret.³⁷ Privatbruksbegrepet begrenses følgelig gjennom lovens vilkår om at det kun er tillatt å fremstille ”enkelte eksemplarer”, som vil bli behandlet nedenfor.

4.2 Bruk av eksterne lagringstjenester og privatbrukskriteriet

Privatbrukskriteriet setter som vi har sett ovenfor grenser for privatbrukskopieringen til kun å omfatte dem som står i et tilstrekkelig nært forhold til eksemplarfremstilleren. Problemstillingen i det følgende er om bruk av eksterne lagringstjenester er i tråd med bestemmelsens privatbrukskriterium.

Utgangspunktet for vurderingen av om eksterne lagringstjenester er i tråd med privatbrukskriteriet er hvilket formål som ligger bak eksemplarfremstillingen. Privatbruksbestemmelsen tillater eksemplarfremstilling med det formål at eksemplaret skal benyttes til bruk innen den private sfære. Det er kun den snevre krets av familie og venner som er tilgodesett på bekostning av opphavsmannens enerett, idet bruk ut over disse grenser vil føre til konflikt med opphavsmannens økonomiske interesser.

Det faktum at en ekstern lagringstjeneste tilbyr lagringsplass i ervervsøyemed har ingen betydning for om eksemplarfremstillingen er i tråd med privatbrukskriteriet. Det som er

³⁷ Therese Steen, *Eksemplarfremstilling av litterære verk til privat bruk*, Oslo 1996 s. 47

avgjørende for vurderingen er om eksemplarframstillerens formål er å nyttiggjøre seg eksemplaret av verket til privat bruk.³⁸ Ved at digitalt innhold lagres på en ekstern lagringstjeneste foretas en eksemplarframstilling til personlig bruk. Idet eksterne lagringstjenester er sperret med brukernavn og passord fungerer slike tjenester følgelig som et personlig lagringsmedium i samme grad som enhver datamaskin eller annet digitalt lagringsmedium. Ingen får tilgang til den digitalt lagrede informasjonen på tross av at det er en nettbasert tjeneste. Selv om tilgangen til de digitalt lagrede verkene gis over internett, er det på ingen måte mulig å få tak i informasjonen uten et personlig brukernavn og passord. Flere tilbydere av tjenesten opererer i tillegg med personlige krypteringsnøkler som fører til at tjenesten utgjør et meget sikkert lagringsmedium. Det er således umulig for allmennheten å få tilgang til de verkene som ligger lagret på tjenesten. Selv ikke tilbyderne av de eksterne lagringstjenestene vil ha tilgang til den lagrede informasjonen. Den personen som tar i bruk lagringsplass ved å opprette brukernavn og passord er følgelig den eneste som har tilgang til de lagrede verkene. Eksterne lagringstjenester fungere således som et rent personlig lagringsmedium.

Det er verdt å nevne at det foreligger en mulighet for at brukernavn og passord til slike tjenester kan gis videre til noen innen ens private sfære. Et slikt tilfelle stiller seg imidlertid ikke annerledes enn når man gir tilgang til et annet personlig lagringsmedium. Det vil føre for langt å gå videre inn på drøftelse av disse problemstillingene, idet dette hører under opphavsmannens enerett til å gjøre verket tilgjengelig for allmennheten, jf. § 2.

Videre foreligger det en fare for misbruk av privatbruksadgangen ved at eksterne lagringstjenester legger til rette for en svært utstrakt bruk av de lagrede verkene. Eksterne lagringstjenester innehar funksjoner som andre lagringsmedier ikke innehar. Blant annet gjøres prosessen med deling av digitalt innhold lettere ved at man eksempelvis kan dele musikkverk og filmverk med alle som inngår på adresselisten som er tilknyttet tjenesten ved hjelp av et par tastetrykk. Det er i denne sammenheng verdt å nevne

³⁸ Se nærmere om dette i punkt 6.3

www.mp3tunes.com sin sidetjeneste sideload.com. Denne relaterte tjenesten tillater å transportere musikk fra genererte topplister direkte til lagringsplassen hos www.mp3tunes.com.³⁹ Idet topplistene innehar musikk som med størst sannsynlighet er opphavsrettslig beskyttet, og idet det ikke foreligger personlig kontakt mellom de som deler musikk vil man klart være utenfor privatbruksbestemmelsen. Videre vil en slik bruk stride mot opphavsmannens enerett til å gjøre verket tilgjengelig for allmennheten, jf. § 2. Det må spørres om en slik fare for misbruk gjør at eksterne lagringstjenester forholder seg annerledes til privatbrukskriteriet enn hva som er tilfellet ved bruk av andre personlige lagringsmedier. Spørsmålet må besvares benektende.

Hvilken bruk man gjør av det digitalt lagrede innholdet vil være uvesentlig for vurderingen av om eksterne lagringstjenester er i tråd med privatbrukskriteriet. Eksterne lagringstjenester skiller seg ikke fra andre personlige lagringsmedier i så henseende. Man kan i like stor grad misbruke verk som er lagret på andre typer personlige lagringsmedier, og det er klart at eksterne lagringstjenester i slike tilfeller må likebehandles med øvrige personlige lagringsmedium.

Eksterne lagringstjenester utgjør følgelig et rent personlig lagringsmedium. Idet eksemplarframstilling til personlig bruk utgjør kjerneområdet til privatbruksbestemmelsen, må det være klart at bruk av eksterne lagringstjenester er i tråd med privatbrukskriteriet.

5 Bruk av eksterne lagringstjenester – ”enkelte eksemplar”

5.1 Generelt om begrepet ”enkelte eksemplar”

Slik det er gjort rede for i punkt 4.1 er privatbrukskopiering kun tillatt innen den private sfære. Den private sfære setter i seg selv en begrensning av adgangen til

³⁹ Se nærmere om dette i punkt 1.2

privatbrukskopiering. Skulle det imidlertid være tillatt å eksemplarframstille til alle innenfor denne kretsen ville det føre til en eksemplarframstilling som klart er i strid med lovforarbeidenes forutsetning om at privatbrukskopiering kun er tillatt dersom bruken ikke kommer i regulær økonomisk konkurranse med opphavsmannens rettigheter.⁴⁰ Lovgiver fant det følgelig nødvendig å begrense privatbrukskopieringen til kun å omfatte ”enkelte eksemplar”. Problemstillingen i det følgende er hvilken privatbruksadgang som tillates gjennom privatbruksbestemmelsens begrensning til ”enkelte eksemplar”.

Det finnes ingen norske rettskilder som angir en klar grense for hvor mange eksemplar som lovlig kan fremstilles i henhold til kriteriet. For å finne hvilket antall som er tillatt innenfor privatbruksbestemmelsens rammer er det følgelig nødvendig å foreta en konkret skjønnsmessig vurdering i hvert enkelt tilfelle.⁴¹ Et vesentlig moment ved vurderingen vil være i hvilken utstrekning kopieringen kan skade opphavsmannens interesser.⁴² Videre er det listet opp en rekke andre momenter som er av relevans for vurderingen i Ot.prp. nr. 15 (1994-1995) s. 38: ”Hvor stor del av et verk og antall eksemplar som kan fremstilles, vil bero på omstendighetene i det enkelte tilfellet – blant annet hva slags verk det er tale om, verkets omfang, hvor stor del av verket som gjengis på eksemplaret, arten av det eksemplar som fremstilles og om eksemplaret gjengir verket i samme form som gjengivelsen det fremstiles fra, og hva slags bruk det tas sikte på.”⁴³

Disse uttalelsene er i tråd med den vurderingen av § 12 som er foretatt i den Nordiske utredningen fra 1973.⁴⁴

Allmennheten er tilgodesett på bekostning av eneretten for å kunne utnytte verket i størst mulig grad uten at bruken kommer i økonomisk konkurranse med opphavsmannen. Det

⁴⁰ Innst. O. nr. XI (1960-1961) s. 18

⁴¹ NU 1973:21 s. 69

⁴² NOU 1983:35 s. 29

⁴³ Ot.prp. nr. 15 (1994-1995) s. 38

⁴⁴ NU 1973:21 s. 69

sentrale momentet for å finne i hvilket omfang man kan eksemplarframstille beror følgelig på arten av verket, idet konsekvensen av privatbrukskopiering varierer i stor grad med verkets karakter. Mangfoldiggjør man et sjeldent verk som er utkommet i et begrenset opplag volder dette helt klart større skade på opphavsmannens interesser enn hvis verket er masseprodusert.⁴⁵

Nye digitale utnyttelsesmåter kan innebære at tradisjonelt aksepterte unntak vil være for vidtgående i forhold til digital bruk.⁴⁶ Det er følgelig lagt til grunn i forarbeidene at teknologiske endringer, herunder dagens kopieringsmåter som muliggjør hurtig og billig kopiering i stort antall kopier av samme kvalitet som originalen, er forhold som skal tas i betraktning ved vurdering av hvilken adgang som skal anses tillatt.⁴⁷ Digital utnyttelse har økt økonomisk betydning i forhold til tidligere analog bruk, og for at opphavsmannens økonomiske rettigheter ikke skal trås for nær må det følgelig legges en restriktiv fortolkning av begrepet ”enkelte eksemplarer” til grunn.

For å finne hva som ligger i en restriktiv fortolkning er det verdt å se hen til øvrig nordisk rett. Den svenske privatbruksbestemmelsen ble på bakgrunn av den digitale utviklingen endret i 2003 til kun å tillate eksemplarframstilling av ”ett eller några få” eksemplarer.⁴⁸ Det er antatt at adgangen til å ta digitale kopier i medhold av § 12 i den norske loven i likhet med svensk lov er sterkt begrenset.⁴⁹ Det er imidlertid nødvendig å ta i betraktning at man skal kunne benytte verket på forskjellige steder man befinner seg, det såkalte *tidsskifteaspektet*, og det har følgelig formodningen mot seg at man kun skal kunne tillate én kopi av eksempelvis et filmverk eller musikkverk slik det er uttalt i danske forarbeider.⁵⁰

⁴⁵ Therese Steen, *Eksemplarframstilling av litterære verk til privat bruk*, Oslo 1996 s. 49

⁴⁶ Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) s. 29

⁴⁷ Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) s. 41

⁴⁸ Ds 2003:35 s. 144

⁴⁹ Upublisert materiale Rognstad s. 257

⁵⁰ Upublisert materiale Rognstad s. 258

Begrensningen til ”enkelte eksemplar” er i tråd med det sentrale hensynet bak privatbruksadgangen om at eksemplarframstillingen ikke må innebære et urimelig inngrep i opphavsmannens økonomiske utnyttelse av verket, eller på annen måte skje i økonomiske konkurranse med han. Hensynet har fått økt tyngde som følge av den teknologiske utviklingen og de reproduksjonsmulighetene denne åpner for. Gjennom begrensningen til ”enkelte eksemplar” overholder Norge de internasjonale forpliktelser som følger gjennom tretrinns testen. Testen setter som nevnt under punkt 2.2 rammer for de avgrensninger av opphavsmannens enerett som foretas i nasjonal lovgivning.

”Enkelte eksemplar” er et svært skjønnsmessig begrep i likhet med begrepet ”privat bruk”. Ved at disse vage begrepene ble opprettholdt ved lovendringen i 2005 er privatbruksbestemmelsen egnet til å vurdere hvilken bruk som kan tillates både på bakgrunn av analoge og digitale reproduksjonsmidler. Hensynet til brukernes forutberegnelighet er imidlertid ikke ivarettatt i særlig utstrekning gjennom lovgivers skjønnsmessige vendinger, og bestemmelsen har som nevnt i innledningen ført til at det råder rettsusikkerhet i forhold til hvilken bruk av digitale musikkverk og filmverk som må anses tillatt.

5.2 Bruk av eksterne lagringstjenester og ”enkelte eksemplar”

5.2.1 Generelt

Begrensningen til ”enkelte eksemplar” er tatt inn i loven for at adgangen til privatbrukskopiering ikke skal gå utover den rett allmennheten har blitt tilgodesett i privatbruksbestemmelsen i § 12. Benyttes verket utover de rammer som følger av begrepet ”enkelte eksemplar” vil bruken komme i konflikt med opphavsmannens økonomiske rettigheter, og følgelig ikke være tillatt. Problemstillingen i det følgende er om eksterne lagringstjenester fører til en bruk som er i strid med begrensningen til ”enkelte eksemplar”.

Adgangen til å ta digitale kopier i medhold av privatbruksbestemmelsen er sterkt begrenset.⁵¹ Det kan legges til grunn at man har adgang til å ta ett eller noen få kopier til privat bruk. En slik forståelse vil være i tråd med den svenske utformingen av privatbruksbestemmelsen. Av hensyn til tidsskifteaspektet vil man imidlertid ha behov for å ta kopi av verket for å nyttiggjøre seg det på forskjellige steder. Det vil følgelig være nødvendig å legge til grunn en videre privatbruksadgang enn det som er lagt til grunn i danske forarbeider. Det er her gitt uttrykk for at privatbrukskopieringen er begrenset til ett eksemplar.⁵²

Ved bruk av eksterne lagringstjenester fremstilles kun ett eksemplar når det digitale verket lagres på tjenesten. I utgangspunktet skulle et slikt tilfelle klart falle innenfor de rammer som er satt for privatbruksadgangen. Det eksemplaret som fremstilles på den eksterne lagringstjenesten utgjør imidlertid ikke en slik eksemplarframstilling man hadde for øye ved lovens vedtakelse i 1961. En fysisk kopi fører til en meget begrenset bruk sammenlignet med den bruken det åpnes for gjennom det ene eksemplaret som fremstilles ved lagring på en ekstern lagringstjeneste. Problemet relatert til det eksemplaret som fremstilles på eksterne lagringstjenester er den tilgjengeligheten av verket som tjenesten åpner for. Det er i streng forstand bare tale om ett eksemplar, men dette ene eksemplaret fører til at man har tilgang til det lagrede verket fra over alt, når som helst og under enhver omstendighet så lenge man er koblet opp mot internett. Dette kan føre til en svært intens bruk. Ved å lagre digitale musikkverk og filmverk på den nettbaserte lagringstjenesten kan man følgelig ta med seg verket overalt.

Poenget er at man på bakgrunn av dette ene eksemplaret ikke trenger å fremstille nye varige eksemplarer for å nyttiggjøre seg verket i en rekke ulike situasjoner. Tidligere måtte man ha fremstilt et nytt eksemplar for å dekke det tilsvarende behov man har ved bruk av eksterne lagringstjenester, mens man i dag bare kan koble seg på internett. En eksemplarframstilling i samme omfang som muligheten man har til å benytte seg av et verk

⁵¹ Upublisert materiale Rognstad s. 257

⁵² Upublisert materiale Rognstad s. 258

gjennom den eksterne lagringstjenesten ville klart ha kommet i konflikt med bestemmelsens begrensning til ”enkelte eksemplar”. Dette henger nøye sammen med adgangen til å fremstille midlertidige eksemplarer.

5.2.2 Særlig om midlertidige eksemplarer

Ved å fremstille et varig eksemplar på en ekstern lagringstjeneste får man adgang til å bruke verket i en svært stor utstrekning. Man kan benytte det lagrede verket gjennom avspilling uten å fremstille varige eksemplarer. Det fremstilles imidlertid en rekke midlertidige eksemplarer, ettersom dette er en forutsetning for at verket skal kunne spilles av.⁵³ En normal bruk av verket vil medføre fremstilling av mer enn bare ”enkelte eksemplar”, jf. § 12. Paragraf 11a åpner imidlertid for en vid adgang til å fremstille midlertidige eksemplarer så fremt visse kumulative vilkår er oppfylt. I motsatt fall vil de midlertidige eksemplarframstillingene omfattes av opphavsmannens enerett, jf. § 2. Problemstillingen i det følgende er om tilgangen man får ved bruk av verk lagret på en ekstern lagringstjeneste oppfyller vilkårene i § 11a.

Paragraf 11a ble innført ved lovendringen av 2005 og er et utslag av direktivets artikkel 5.1 som krever at visse midlertidige eksemplarer skal unntas eneretten. Bestemmelsen er en konsekvens av at opphavsmannens enerett ble utvidet til å omfatte midlertidige eksemplar, jf. § 2, og medfører følgelig en avgrensning av denne eneretten. Bestemmelsens praktiske bruksområde er bruk av åndsverk i datamaskiner, idet datateknikken medfører at det fremstilles en rekke midlertidige eksemplarer (lagringer) ved databehandling og dataoverføring i nettverk.⁵⁴ Hensikten med det obligatoriske unntaket er å sikre at enerettene ikke er til hinder for at globale nettverk skal fungere effektivt.⁵⁵

⁵³ Se nærmere om dette i punkt 3.3.2

⁵⁴ Norsk lovkommentar § 11a

⁵⁵ Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) s. 12

Bestemmelsen oppstiller fire kumulative vilkår som må være oppfylt for at det midlertidige eksemplaret skal være omfattet av avgrensningsbestemmelsen.⁵⁶ Bestemmelsens første vilkår er at eksemplaret som fremstilles må være forbigående eller tilfeldig. ”Forbigående” innebærer krav med hensyn til lagringens potensielle varighet, som – avhengig av hvilken lagring det er snakk om og hvor i prosessen den skjer – i større eller mindre grad skal være tidsbegrenset. Lagringen må således fremstå som flyktig, ubestendig eller forgjengelig. ”Tilfeldig” viser til at lagringen skal bære preg av å være vilkårlig, samtidig som den i en viss grad også skal være uberegnelig, uforutsett eller utilsiktet.

Videre er det et krav om at de midlertidige eksemplarene som fremstilles utgjør en integrert og vesentlig del av en teknisk prosess. Med teknisk prosess forstås summen av all aktivitet med relevant tilknytning til det aktuelle formål. Det tredje vilkåret for at et midlertidig eksemplar skal kunne omfattes av unntaket er at eksemplaret utelukkende har til formål å muliggjøre enten et mellomledds overføring av verk i nettverk mellom tredjemenn eller en lovlig bruk av et verk. Det fjerde og siste vilkåret går ut på at de midlertidige eksemplarene ikke kan ha selvstendig økonomisk verdi.⁵⁷

Det må følgelig spørres om de midlertidige eksemplarene som fremstilles ved at man får tilgang til verk lagret på en ekstern lagringstjeneste kan anses å være av forbigående eller tilfeldig karakter. Fremstillingen er begrenset til å omfatte digitale musikkverk og filmverk og det må vurderes om midlertidige eksemplarer som muliggjør avspilling av slike verk som er lagret på en ekstern lagringstjeneste er å anse som forbigående eller tilfeldig. For å finne hva som ligger i vilkåret er det verdt å se hen til direktivets fortale punkt 33 som gir uttrykk for at unntaket bør omfatte handlinger som muliggjør skumlesing (browsing) samt mellomlagring (caching). Videre gis det uttrykk for at det kun er de flyktige midlertidige eksemplarene som omfattes. Det kan følgelig spørres om enhver nettlesing eller avspilling kan anses som flyktig og tilfeldig. De to tilfellene behandles samlet til tross for at de to typer fremføringer er av forskjellig karakter. En naturlig språklig forståelse taler mot at

⁵⁶ Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) s. 16

⁵⁷ Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) s. 17

ethvert midlertidig eksemplar uansett intensitet er kvalifisert til å falle inn under avgrensningsbestemmelsen. Holder man en fil åpen over lenger tid vil dette bokstavelig talt ikke anses som en flyktig eksemplarframstilling, og vil i mange tilfeller anses svært forskjellig fra skumlesing. På den annen side vil et midlertidig eksemplar i større eller mindre grad tale om en tidsbegrenset lagring, idet det ikke fremstilles et vedvarende eksemplar. I vurderingen av om intensiteten bør ha noe å si er det nødvendig å se hen til opphavsmannens økonomiske interesser. Eksemplarframstillingsbegrepet ble utvidet til også å omfatte midlertidige eksemplarer for å gi opphavsmannen en viss tilgangskontroll med verket. Ved å legge til grunn en fortolkning av § 11a som tillater enhver nettlensing eller avspilling må det følgelig spørres hva som var meningen med utvidelsen av eneretten. Ettersom formålet med § 11a blant annet var å hindre at eksemplarframstillingsretten skulle komme i veien for privat avspilling, samt i mangel av uttalelser om hvorvidt intensiteten vil være av betydning for vurderingen av anvendelsesområdet til § 11a, må det imidlertid legges det til grunn i det følgende at enhver avspilling eller nettlensing vil tilfredsstille kravet til ”forbigående og tilfeldig” så lenge det ikke fremstilles et varig eksemplar. På bakgrunn av dette vil midlertidige eksemplar som muliggjør avspilling av både musikkverk og filmverk anses å oppfylle vilkåret om at eksemplarframstillingen må være ”forbigående og tilfeldig”.

Videre vil bestemmelsens vilkår om at det midlertidige eksemplaret må anses å utgjøre en integrert og vesentlig del av en teknisk prosess være oppfylt ved avspilling av verk lagret på en ekstern lagringstjeneste. Formålet med vilkåret er typisk å muliggjøre avspilling av verket ved hjelp av avspillingsprogramvare i sluttbrukers datamaskin,⁵⁸ og er følgelig en forutsetning for at avspilling skal være mulig. Den midlertidige eksemplarframstillingen kan heller ikke sies å ha selvstendig økonomisk betydning.

⁵⁸ Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) s. 17

Videre er det nødvendig å finne om de midlertidige eksemplarene som fremstilles utelukkende har til formål å muliggjøre en lovlig bruk av det verket som ligger på den eksterne lagringstjenesten. Det må følgelig spørres hva som anses som lovlig bruk.

I direktivets fortale punkt 33 er det presisert at en bruk bør betraktes som lovlig i denne sammenheng når den er tillatt av rettighetshaveren og ikke er i strid med lov. Videre er det uttalt i Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) s. 17 at ”kravet om at det ikke skal eksistere et lovforbud kan tenkes tilfredsstilt enten ved at forholdet ikke omfattes av de opphavsrettslige eneretter eller at det dekkes av en avgrensingsbestemmelse i åndsverkloven 2. kapittel”. Det er videre uttalt at ”handlinger som ikke er opphavsrettslig relevante, f.eks. fremføring innenfor det private området, kjennetegnes ved at de ikke omfattes av de opphavsrettslige eneretter, og om de øvrige vilkår er oppfylt vil unntaket omfatte de midlertidige eksemplarer som fremstilles i forbindelse med slik bruk. Nettlesing (”browsing”) utgjør i denne sammenheng en ”lovlig bruk” ”.. Et slikt resonnement kan imidlertid vanskelig forklare lovligheten av eksemplarfremstillingen som foretas ved den midlertidige lagringen som muliggjør nettlesing eller avspilling. Den midlertidige lagringen anses som en eksemplarfremstilling,⁵⁹ og er en forutsetning for at åvl. § 11a overhodet får anvendelse.⁶⁰

Om tilgangen til det verket som er lagret på en ekstern lagringstjeneste utgjør lovlig bruk vil følgelig bero på om det foreligger samtykke fra opphavsmannen eller om avgrensingsreglene til åvl. § 2 får anvendelse, og handlingen for øvrig er i samsvar med annen lovgivning.⁶¹

Det foreligger ikke samtykke fra rettighetshaver, og spørsmålet er dermed om bruken kan hjemles i åvl. § 12. For å finne om tilgangen til de digitale verkene som gis gjennom en ekstern lagringstjeneste er å anse som lovlig bruk må det foretas en mer inngående vurdering av hva som ligger i begrensningen til ”enkelte eksemplarer”.

⁵⁹ Se nærmere om dette i punkt 3.3.1

⁶⁰ Norsk Lovkommentar § 11a

⁶¹ Norsk Lovkommentar § 11a

5.2.3 Vilkåret om lovlig bruk i § 11a

Problemstillingen i det følgende er om den tilgang man får til verket gjennom en ekstern lagringstjeneste er å anse som lovlig bruk etter § 12. Det må følgelig foretas en vurdering av om den vide adgangen man har til å spille av et verk er i tråd med § 12s begrensning til ”enkelte eksemplar”.

Fremstilling av ett varig eksemplar på en ekstern lagringstjeneste gir som vi har sett opphav til en svært intensiv bruk. Spørsmålet er om ”enkelte eksemplar” tillater en så intens bruk som det et verk lagret på en ekstern lagringstjeneste er gjenstand for. Det var neppe lovgivers intensjon at privatbruksadgangen i § 12 skulle gis et så vidt omfang.

Den nøye vektingen av de motstridende hensyn som ligger til grunn for bestemmelsen har klart blitt forrykket av de muligheter en ekstern lagringstjeneste innebærer for den private bruker. Som alltid må man ta tilbørlig hensyn til opphavsmannens rettigheter i verket, jf. § 2. Man må derfor i dette tilfellet som ellers veie hensynet til opphavsmannen regulære økonomiske interesser opp mot hensynet til den privates interesser i å få tilgang til verket. Det ble i Innst. O. nr. 103 (2004-2005) uttalt: ”Ved utformingen av lovforslaget er det lagt vekt på å opprettholde den etablerte balanse mellom hensynet til opphavsmenns interesser i å ha kontroll over bruk av sine åndsverk og allmennhetens interesse i at flest mulig får tilgang til åndsverk.”

Hvorvidt bruk av en ekstern lagringstjeneste er i tråd med privatbruksadgangen må følgelig løses i lys av de reelle hensyn som gjør seg gjeldende. Åndsverkloven skal ivareta en balanse mellom vernet for den skapende innsats, investeringer i slik innsats og avgrensninger gitt av ulike samfunnshensyn.⁶² For at en slik balanse skal kunne

⁶² Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) s. 9

oppretholdes er det nødvendig at privatbruksadgangen vurderes opp mot hensynet bak avgrensningsbestemmelsen i § 12.

Paragraf 12 gir rett til å fremstille eksemplar i den grad det er nødvendig for å nå bestemmelsens formål. Innen den private sfære skal man kunne benytte verket på visse vilkår, forutsatt at bruken ikke kommer i konflikt med opphavsmannens regulære økonomiske interesser. Ved vurderingen av hvor grensene for privatbruksadgangen skal gå er det følgelig nødvendig å presisere at en digital levering av et eksemplar fremstilt med hjemmel i en avgrensningsbestemmelse ikke alltid kan erstatte et fysisk eksemplar. Et varig eksemplar som fremstilles på en ekstern lagringstjeneste er langt fra sammenlignbart med en fysisk kopi. Om digital levering av eksemplar fremstilt etter en avgrensningsbestemmelse kan og bør skje, må derfor vurderes konkret i forhold til den enkelte bestemmelse.⁶³

Sett fra samfunnets side er det viktig at den skapende og utøvende virksomhet sikres med rettsregler som gjør det mulig for opphavsmenn å ha kontroll med, og å kunne kreve vederlag for bruk av deres verk. Dette sikrer dem et økonomisk utkomme som stimulerer til fortsatt kreativ innsats på området, noe som er grunnleggende for den videre samfunnsutvikling.⁶⁴ Det er følgelig nødvendig at det opprettholdes et økonomisk grunnlag for utvikling og nyskapning for opphavsmennene. Samtidig er det viktig å sikre grobunn for kreativitet ved at det ikke legges for strenge begrensninger på allmennhetens tilgang til verket. Allmennheten skal i en viss grad kunne benytte seg av teknologien som er i stadig utvikling, og rettsreglene må ikke være så rigide at de hindrer den enkelte bruker av åndsverk i å disponere over verket på en fornuftig måte.⁶⁵

Privatbruksadgangen ble ved lovendringen i 2005 opprettholdt, og adgangen gjelder følgelig i en digital kontekst. For å finne hvilken bruk man kan gjøre av et lovlig tilegnet

⁶³ Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) s. 9

⁶⁴ Or.prp. nr. 46 (2004-2005) s. 7

⁶⁵ Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) s. 7

verk i en slik sammenheng er det først og fremst nødvendig å klargjøre hvilke begrensninger som ligger i ”enkelte eksemplar” ved privatbrukskopieringen av digitale musikkverk og filmverk. Idet privatbruksbestemmelsen opererer med så skjønnsmessige begreper er det uklart i hvilken grad man skal kunne kopiere et helt musikkverk eller filmverk. Privatbruksbestemmelsens ordlyd tilsier at man skal kunne fremstille ”enkelte eksemplar” av et verk, uavhengig av om fremstillingen foretas til personlig bruk eller til noen innenfor den private sfære. Dette er i tråd med hensynet til privatlivet som tilsier at det må være opp til den enkelte å bestemme hvem man ønsker å fremstille eksemplar til innen den private sfære, så lenge antallet holdes innenfor begrensningen av ”enkelte eksemplar”.

Det nærmere innholdet i begrepet ”enkelte eksemplar” kan utledes av forarbeidene som tillater at man skal kunne ta sikkerhetskopi av et musikkverk, samt fremstille eksemplarer som gjør at man kan benytte musikkverket på en relevant måte. Uttalelsene er gitt i forbindelse med hva som i alminnelighet oppfattes som relevant avspillingsutstyr ved omgåelse av kopisperrer og tekniske beskyttelsessystemer, jf. § 53a tredje ledd. En privat bruker skal kunne bruke verket i bilen, på hytta, hjemme og på MP3-spillere.⁶⁶ Det er ikke gitt uttrykkelige uttalelser om adgangen til å fremstille eksemplar av filmverk, men i mangel av andre holdepunkter vil uttalelsene anses å gjelde filmverk i samme grad som musikkverk. Det må i denne sammenheng nevnes at store deler av digitale musikkverk og filmverk som kjøpes over nettet er avtalebasert. I slike tilfeller vil det reguleres i avtalevilkårene hvor mange eksemplarer man kan ta til privat bruk. Det ligger imidlertid utenfor denne oppgaven å gå nærmere inn på dette.

Slik det er gjort rede for under punkt 5.2.2 fremstilles kun ett eksemplar til personlig bruk ved lagring av digitale musikkverk og filmverk på en ekstern lagringstjeneste. For å finne om den vide adgangen som gis ved fremstilling av dette ene eksemplaret er tillatt er det nødvendig å vurdere om man innenfor begrensningen til ”enkelte eksemplar” kan akseptere

⁶⁶ Odelstingsforhandling 4. juni 2005 om endringer i åndsverkloven m.m. s. 725

enhver personlig bruk av et eksemplar, uansett hvor intensiv den er. Det er følgelig verdt å se hen til hensynet til tidsskifteaspektet. Det er klart at man til en viss grad skal kunne ha med seg et digitalt musikkverk og filmverk på forskjellige steder man måtte befinne seg. Et slikt syn ligger forutsetningsvis til grunn for de Stortingsuttaalelsene det ble vist til ovenfor. Det er imidlertid ikke klart om man skal kunne benytte verket i et slikt omfang som eksterne lagringstjenester gir adgang til. Det kan spørres om en restriktiv fortolkning av ”enkelte eksemplar” tillater at man skal kunne ha med seg verket overalt.

Det er her verdt å se hen til Rt. 1991 s. 1296.⁶⁷ Høyesterett la her blant annet vekt på at omfanget av bruken av et åndsverk er av betydning ved vurderingen av brukens lovlighet. Den samlede utlånsvirksomheten som forelå i det konkrete tilfellet var ikke å anse som ubetydelig. Uttalelsene har overføringsverdi til vurderingen av om den tilgang som gis til et verk gjennom en ekstern lagringstjeneste kan ansees tillatt.

Eksterne lagringstjenester fører til et omfang av bruken som kan sammenlignes med absolutt verksutnyttelse. Man kan bruke verket i enhver sammenheng hvor det er internett, og det må spørres om en slik intens bruk er forenlig med opphavsmannens normale utnyttelse av verket. Det ene eksemplaret man fremstiller på en ekstern lagringstjeneste gjør at man kan hente frem verket i enhver situasjon, og følgelig i langt flere sammenhenger enn hva et fysisk eksemplar tillater. Tilgangen man får til verket gjennom eksterne lagringstjenester må anses fullt ut å dekke brukerens behov. Skulle man kunne fremstille fysiske eksemplarer for å dekke samme behov ville man lett ha kommet i konflikt med opphavsmannens normale utnyttelse av verket

Det er i denne sammenheng verdt å nevne en dom av 28. februar 2006 (Mulholland Drive) fra den franske høyesterett, Cour de Cassation. En dom fra appelldomstolen i Paris, som hadde fastslått at en teknisk ”sperre” som hindret en kjøper av en DVD i å ta en analog kopi av filmen for å kunne se den sammen med foreldrene sine, ble her opphevet.

⁶⁷ Se nærmere om denne dommen i punkt 4.1

Høyesterett fant at en slik kopiering var i strid med retten til privatbrukskopiering etter den franske immaterialrettslovens Art. L 122-5. Cour de Cassation henviste i den forbindelse til tretrinns testen i Bern-konvensjonens artikkel 9 (2), og fant at en adgang til å ta private kopier i dette tilfellet ville komme i konflikt med den normale utnyttelsen av verket. Følgelig burde kjøperen ha kjøpt en ny film til sine foreldre for å hindre at bruken kom i konkurranse med opphavsmannens økonomiske rettigheter.⁶⁸ Dommen setter på bakgrunn av fortolkning av tretrinns testen særlig snevre rammer for hvilken bruk av et filmverk som kan anses tillatt.

Hadde man benyttet en ekstern lagringstjeneste i det ovennevnte tilfellet hadde man verken trengt å fremstille et ekstra eksemplar eller kjøpe nytt eksemplar for at foreldrene skulle kunne benytte seg av filmverket. En ekstern lagringstjeneste gir følgelig tilgang til digitale verk i situasjoner hvor man ellers ville dekket behovet gjennom fremstilling av flere eksemplarer. Bruken av lagringstjenesten vil følgelig kunne komme i konflikt med opphavsmannens normale utnyttelse av verket. En så snever fortolkning av tretrinns testen som legges til grunn i den franske dommen vil imidlertid ikke være forenlig med den balansegang som skal legges til grunn mellom de motstridende interesser i norsk rett. Allmennhetens rett til privatbrukskopiering utgjør en selvstendig rett, og det er følgelig ønskelig at man på en rimelig måte skal kunne benytte seg av et verk selv i lys av digitaliseringen.

Den restriktive fortolkningen av begrensningen til ”enkelte eksemplarer” må til enhver tid ta hensyn til den digitale utviklingen som finner sted når det gjelder utnyttelsesmåter av digitale åndsverk. Det er følgelig nødvendig å finne hva som utgjør fornuftig bruk i en digital tidsalder. I vurderingen av hva som kan anses som fornuftig bruk av digitale åndsverk er det nødvendig at det anlegges en praktisk tilnærming. Man bruker internett og datamaskiner i en hel annen utstrekning enn tidligere. De praktiske utnyttelsesmåter har forandret seg fra lovens vedtakelse i 1961 og lovendringene i 1996 og 2005. Slik samfunnet

⁶⁸ Upublisert materiale Rognstad s. 248

er i dag fungerer eksempelvis en PC som erstatning for både stereoanlegg og TV for mange. En ekstern lagringstjeneste fungerer som en erstatning for den samling man eventuelt måtte ha av fysiske kopier av musikkverk og filmverk. Digitale utnyttelsesmåter fører til at digitale musikkverk og filmverk i stadig større grad utgjør en bruksting. Fysisk lagring og nettverk utbygges kontinuerlig og åpner for stadig større tilgang til digitale åndsverk. Uttalelsene i forarbeidene om at man skal kunne fremstille et eksemplar på en MP3-spiller taler i retning av at man skal kunne nyte verket i stor utstrekning.⁶⁹ En MP3-spiller kan kobles opp mot de fleste digitale medier og gir dermed en stor tilgang til det digitale verket. Ved bruk av MP3-spillere må det imidlertid fremstilles varige eksemplarer i mange av de tilfellene hvor en ekstern lagringstjeneste gjør verket tilgjengelig uten varig fremstilling. Eksterne lagringstjenester gir følgelig betraktelig større tilgang til verket.

I en situasjon hvor digitaliseringen tillater at man får tilgang til åndsverk overalt og til enhver tid, vil det vanskelig kunne legges begrensninger på intensiteten av bruken. Den tilgang man får til digitale verk på bakgrunn av digitale utnyttelsesmåter gjør det videre vanskelig å anvende tradisjonelle opphavsrettslige begreper. Det bør imidlertid legges en forståelse av loven til grunn som samsvarer med forholdene slik de er i virkeligheten. Teknologien ligger stadig et skritt foran lovgivningen, og slik det er uttalt i forarbeidene til 2005-loven er det viktig at forbrukerens rettighet til å benytte seg av åndsverket ikke begrenses av systemer som hindrer tilgang til åndsverket.⁷⁰ Et slikt syn er videre i tråd med hensynet til privatlivet. Ved tilegnelsen av et lovlig eksemplar bør det være et personlig anliggende i hvilken grad man ønsker å benytte seg av et verk. Det er som nevnt uttalt i forarbeidene at man skal ha mulighet til å dekke et visst behov. Behovet for å anvende eksempelvis et musikkverk eller filmverk varierer imidlertid fra person til person, og hvor intensivt man ønsker å bruke et verk bør følgelig ligge utenfor opphavsmannens kontroll.

⁶⁹ Odelstingsforhandling 4. juni 2005 om endringer i åndsverkloven m.m. s. 725

⁷⁰ Innst.O. nr. 103 (2004-2005) s. 39

Det ligger ingen begrensning i ”enkelte eksemplar” hva gjelder intensiteten i bruken av verket. Privatbruksbestemmelsen tillater en personlig bruk uansett hvor intensiv den er.

Den tilgangen som gis til digitale verk som er lagret på en ekstern lagringstjeneste må anses som lovlig bruk etter avgrensningsbestemmelsen i § 12. Det midlertidige eksemplaret som muliggjør denne bruken vil følgelig omfattes av avgrensningen i § 11a. Ved at alle vilkårene i § 11a er oppfylt tilsier det at retten til å fremstille disse midlertidige eksemplarene ikke står i konkurranseforhold til opphavsmannens enerett til eksemplarframstilling for øvrig. Bruken er følgelig ikke i strid med opphavsmannens enerett til eksemplarframstilling i § 2.

6 Forbudet mot bruk av ”fremmed hjelp”

6.1 Innledning

Utgangspunktet i norsk rett har vært at privatbrukskopiering ved fremmed hjelp faller inn under § 12, og er dermed lovlig. Rettstilstanden må fortsatt sies å være slik, men det gjelder imidlertid en del viktige unntak for musikkverk og filmverk.⁷¹ Tidligere var det ikke tillatt med ”fremmed hjelp” ved privatbrukskopiering av musikkverk der hjelperen medvirket i ervervsøyemed, et unntak som ved lovendringen i 1995 ble utvidet til også å gjelde filmverk. Ved lovendringen av 2005 ble kravet om at eksemplarframstilleren skal medvirke i ervervsøyemed sløyyet, og det gjelder følgelig et forbud mot bruk av fremmed hjelp ved privatbrukskopiering av både musikkverk og filmverk. Forbudet gjelder dermed på lik linje med det som tidligere gjaldt for ”gjenstander av kunsthåndverk og kunstindustri, skulptur, billedvev eller kunstnerisk gjengivelse av andre kunstverk”.

⁷¹ Upublisert materiale Rognstad s. 254

Det ble allerede foreslått i NOU 1983: 35 at forbudet mot fremmed hjelp i daværende § 11 (gjeldende § 12) skulle omfatte musikkverk og filmverk. Forslaget ble begrunnet i at slike verk er særlig sårbare for kopiering idet det kan fremstilles kopier like gode som originalen og som er konkurransedyktige i forhold til eksemplar i den regulære omsetningen. Forslaget ble imidlertid ikke videreført i Ot.prp. 15 (1994-1995) som la avgjørende vekt på hensynet til like kopieringsmuligheter for alle.⁷²

Forbudet mot fremmed hjelp ved eksemplarfremstilling av musikkverk og filmverk til privat bruk har klart ført til en betydelig innskrenkning av retten til privatbrukskopiering. Forbudet har imidlertid blitt avgrenset ved at det ikke skal gjelde for funksjonshemmede som ellers ikke ville kunne dra nytte av retten til eksemplarfremstilling som er gitt gjennom privatbruksbestemmelsen..

6.2 Begrepet ”fremmed hjelp”

Bakgrunnen for forbudet mot fremmed hjelp er at de kunstverk som er underlagt forbudet er av særlig sårbar karakter.⁷³ Det er knyttet meget store interesser til det enkelte eksemplar av verket, og det er på bakgrunn av dette kun tillatt å benytte hjelp til privatbrukskopieringen som ikke kan anses som fremmed hjelp. Problemstillingen er følgelig hva som må anses som ”fremmed hjelp”.

For å klarlegge hva som ligger i begrepet fremmed hjelp er det naturlig å ta utgangspunkt i begrepets ordlyd. ”Fremmed hjelp” leder tanken hen til at det er en fysisk person utenfor venne- og familiekreisen som skal bistå i eksemplarfremstillingen. Det var også dette som var den opprinnelige tanken bak begrepet. Ved lovens vedtakelse i 1961 ble fremmed hjelp

⁷² Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) s. 40

⁷³ Ot.prp. nr. 26 (1959-1960) s. 32

ansett å omfatte de tilfellene hvor man lot eksemplarframstillingen bli utført av andre.⁷⁴ Det måtte følgelig dreie seg om en fysisk person.

I Ot.prp. nr. 26 (1959-1960) s. 33 ble det lagt til grunn at ikke enhver bistand var å anse som fremmed hjelp etter § 12: ”Når det gjelder begrepet å la framstillingen utføre ved ”fremmed hjelp” er det klart at unntaksregelen gjelder for tilfelle hvor den som lar eksemplar framstille til privat bruk, bruker fremmed hjelp *i et slikt omfang og på en slik måte at han lar framstillingen utføre av andre* (min utheving). Det vil være å gå for langt om man regner enhver medvirkning av andre som ettergjøring ved fremmed hjelp hvis den som skal bruke det ettergjorte eksemplar personlig utfører arbeidet.”

Forarbeidene fra lovens vedtakelse setter følgelig ganske snevre grenser for hva som er å anse som fremmed hjelp. Utviklingen har på bakgrunn av den digitale utviklingen imidlertid ført til at begrepet fremmed hjelp har fått en mye bredere betydning enn hva som var tilfellet ved lovens vedtakelse i 1961. Det ble i Ot.prp. nr. 15 (1994-1995) uttalt: ”Fremmed hjelp er det når den som tar initiativet til kopieringen lar seg bistå av en person utenfor familie- og vennekretsen. For eksempel er det bruk av fremmed hjelp om man lar seg bistå av kontorpersonale som ikke befinner seg innenfor familie- og vennekretsen.”

Det kan spørres hva som ligger i at noen utenfor familie- og vennekretsen *bistår* i kopieringen. Foruten fysisk bistand har begrepet i forarbeidene blitt antatt å omfatte selvbetjening av kopieringsutstyr som er stilt til rådighet av en ”fremmed”, jf. Ot.prp. nr. 15 (1994-1995) s. 49: ”Som fremmed hjelp anses det både når den som yter hjelpen selv foretar selve eksemplarframstillingen og når han bare stiller kopieringsutstyr (...) til rådighet for den som skal la kopiene framstille.”

Synspunktet ble opprettholdt i Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) s. 40: ”Det anses (...) som fremmed hjelp når man selv betjener kopieringsutstyr som en fremmed har stilt til rådighet,

⁷⁴ Ot.prp. nr. 26 (1959-1960) s. 33

f.eks. biblioteker. Etter forarbeidene er det ingen forskjell på om det tas betalt for bruken av kopieringsutstyret [...] eller ei.”

Det kreves følgelig ikke at det er en fysisk person som bistår ved eksemplarframstillingen. Det å stille utstyr til rådighet kan anses som bistand i § 12s forstand. Begrepet favner på bakgrunn av disse forarbeidsuttalelsene meget vidt i forhold til lovens ordlyd, og det kan spørres om utvidelsen av begrepet kan forsvares.

Reelle hensyn kan tale for at bruk av fremmed kopieringsutstyr ikke bør være å anse som fremmed hjelp. Ved å la begrepet omfatte kopieringsutstyr som er stilt til rådighet har man ikke anledning til å kopiere musikkverk og filmverk dersom ingen innen den private sfære innehar slikt kopieringsutstyr. Uttalelsene om forbudet tok spesielt sikte på tilfeller hvor bibliotek stiller kopieringsutstyr til disposisjon, eksempelvis en CD-brenner. Bakgrunnen for utvidelsen av begrepet var at man ønsket å hindre økt privatbrukskopiering. Det kan imidlertid spørres om dette ville vært tilfellet dersom ”fremmed hjelp” begrepet ikke hadde blitt trukket så langt som til å omfatte kopieringsutstyr stilt til rådighet av en fremmed. De fleste har som nevnt kopieringsutstyr innen den private sfære, og det kan spørres om det virkelig er hensiktsmessig at de som besitter slikt utstyr skal ha en videre adgang til privatbrukskopiering enn de som ikke har tilgang til slikt utstyr. I forarbeidene til 1995-endringen uttrykker departementet at det er ønskelig å unngå forskjellsbehandling av ressursvake.⁷⁵ Det vil være resultatet dersom det nevnte tolkningsalternativet legges til grunn.

Det ble vurdert å ta inn en uttrykkelig henvisning om at kopieringsutstyr er å anse som fremmed hjelp i norsk lov, slik som har blitt gjort i dansk lov. I den danske opphavsretsloven er det gitt eksplisitt uttrykk for at regelen om privatbrukskopiering ikke gir ”brugeren ret til ved fremstilling af musikværker og filmværker at anvende teknisk udstyr, der er stillet til rådighet for almenheden på biblioteker, i forretningslokaler eller på

⁷⁵ Ot.prp. nr. 15 (1994-1995) s. 49

andre offentlige steder (ohl. § 12 stk.4).⁷⁶ Departementet fant imidlertid at dette måtte utstå til en helhetlig gjennomgang av åvl. Rognstad har uttalt⁷⁷ at rettstilstanden må anses uavklart frem til eventuelt et uttrykkelig forbud mot kopieringsutstyr blir tatt inn i loven. Likevel må det nok trolig legges til grunn som gjeldende rett at kopieringsutstyr som stilles til rådighet av en utenfor venne- og familiekreten må anses som fremmed hjelp. Uttalelsene fra 1995-forarbeidene ble gjentatt i 2005-forarbeidene. Lovgiver hadde ved lovendringen i 2005 følgende mulighet til å omgjøre innholdet i forbudet. Så lenge dette ikke ble gjort, må den utvidede fortolkningen av begrepet legges til grunn, selv om dette er å trekke ordlyden ganske vidt.

Grensene for begrepet ”fremmed hjelp” er satt ved ens familie- og vennekrets. Disse tilfellene utgjør begrepets innergrense. Hvem som må anses å inngå i ens familie- og vennekrets er samsvarende med den sfæren som er tilgodesett gjennom privatbrukskriteriet.⁷⁸ Mottar man hjelp fra noen innen den private sfære vil hjelpen ikke anses fremmed, og bruken ligger klart innenfor den bruk privatbruksbestemmelsen tar sikte på. Forbudet mot fremmed hjelp må ses i sammenheng med privatbruksbestemmelsens formål som er å tilgodese allmennheten innen den snevre krets av den private sfære.

Lovgiver har ved utformingen av forbudet mot fremmed hjelp trukket en grense som gjør forskjell på privatbrukskopiering av musikkverk og filmverk innenfor og utenfor den private krets. Forarbeidene til åndsverkloven uttaler at grunnen til dette er at mulighetene for kontroll og håndheving av reglene innenfor den private krets er små, og idet avspillere og særlig digitalt kopieringsutstyr skaffes i svært stor grad av brukeren selv eller noen innenfor dennes private krets, bør det ikke også legges til rette for privatbrukskopiering innen institusjoner og virksomheter.⁷⁹ En slik formulering gjør at adgangen man har til å privatbrukskopiere musikkverk og filmverk beror på hvem som inngår i ens familie- og

⁷⁶ Upublisert materiale Rognstad s. 256

⁷⁷ Upublisert materiale Rognstad s. 256

⁷⁸ Se nærmere om dette i punkt 4.1

⁷⁹ Ot.prp. nr. 15 (1994-1995) s. 48

vennekrets. Begrepet tillater at man kan motta hjelp fra et familiemedlem eller en venn, slik at man enten kan få hjelp til å benytte eget kopieringsutstyr eller medhjelperen lar deg benytte hans/hennes utstyr. Muligheten man har til å privatbrukskopiere musikkverk og filmverk avhenger altså av den kompetanse vedkommende familie- og vennekrets innehar, samt størrelsen på denne kretsen.⁸⁰

6.3 Bruk av eksterne lagringstjenester og forbudet mot ”fremmed hjelp”

Begrepet omfatter slik vi har sett ovenfor hjelp fra noen utenfor ens private sfære. Dette er i tråd med hensynet bak regelen om at det kun er privatbrukskopiering som er unntatt fra opphavsmannens kontroll. Grensene utover de tilfellene hvor man bistås av personer utenfor familie- og vennekretsen er imidlertid uklare. Problemstillingen i det følgende er om den lagringskapasiteten som stilles til rådighet av tilbydere av eksterne lagringstjenester kan anses som fremmed hjelp.

Ved vurderingen av om eksterne lagringstjenester kan anses som fremmed hjelp vil det ikke være av betydning hvilken bruk av det digitalt lagrede verket som finner sted etter at verket er lagret på den eksterne lagringstjenesten. Se for øvrig drøftelse under ”enkelte eksemplar”, jf. punkt 5.2.

Ved bruk av eksterne lagringstjenester er det ingen fysisk person som bistår i eksemplarframstillingen. Det er en lagringstjeneste som tilbys over nettet som er fullt ut automatisert. Det er ingen personlig forbindelse med tilbyderen av tjenesten, idet man ved å laste ned et program kan foreta eksemplarframstillingen ved å legge det digitale materialet inn på tjenesten selv. Tjenesten fungerer følgelig som selvbetjening av lagringsplass. Som det fremgår av punkt 6.2 er det imidlertid ikke avgjørende av om man har mottatt hjelp fra en fysisk person. I forarbeidene til lovendringen som ble foretatt i 1995 ble det uttalt at

⁸⁰ Innst.O. nr.103 (2004-2005) s. 54

fremmed hjelp er å anse når ”den som lar eksemplarframstillingen utføre selv betjener kopieringsutstyr som er stilt til rådighet av en fremmed, dvs. av noen som befinner seg utenfor hans familie- eller vennekrets”.

Problemstillingen i det følgende er om eksterne lagringstjenester er å anse som fremmed hjelp på bakgrunn av redegjørelsen ovenfor.

Bruk av eksterne lagringstjenester fungerer på en måte hvor du benytter deg av lagringskapasitet som er stilt til disposisjon av en tredjeperson. Det er en nettbasert tjeneste som ligger tilgjengelig dersom man skulle ha behov for ekstra lagringsplass, og fungerer følgelig som et alternativ for dem som ikke har tilstrekkelig lagringskapasitet. Lagringsmediet skiller seg følgelig fra lagring som foretas på digitale lagringsmedier som eies av noen innenfor den private sfære.

En ekstern lagringstjeneste er etter sin natur ganske annerledes enn kopieringsutstyr. Det at en tredjeperson stiller lagringskapasitet til disposisjon er på mange måter ikke sammenlignbart med kopieringsutstyr som stilles til rådighet. Et typisk eksempel på kopieringsutstyr som er stilt til disposisjon av en ”fremmed” er en CD-brenner som er stilt til disposisjon i et bibliotek. Et slikt tilfelle må anses forskjellig fra den lagringskapasitet som stilles til disposisjon av tilbydere av eksterne lagringstjenester idet tjenesten ikke er håndgripelig i samme forstand. Lagringskapasitet som tilbys gjennom eksterne lagringstjenester kan følgelig ikke anses å utgjøre ”utstyr”, idet en slik tjeneste ikke er et håndfast hjelpemiddel i samme forstand som en CD-brenner. Eksterne lagringstjenester kan heller ikke anses å stille lagringskapasitet til disposisjon for allmennheten i samme grad som utstyr som settes frem eksempelvis på et bibliotek.

Det lar seg ikke utlede av ordlyden at eksterne lagringstjenesten må anses å falle inn under begrepet ”fremmed hjelp”. Spørsmålet er imidlertid om hensynene bak inkluderingen av bruk av fremmed kopieringsutstyr tilsier at begrepet også bør anses å omfatte bruk av eksterne lagringstjenester.

Begrunnelsen for å la forbudet mot bruk av fremmed hjelp omfatte det å stille kopieringsutstyr til rådighet, er hovedsakelig at dette vil føre til en økt privatbrukskopiering. En adgang til å bruke fremmed hjelp ved fremstilling av de verkstypene forbudet gjelder, vil kunne komme i konkurranse med opphavsmannens egen regulære utnyttelse og på den måten skade opphavsmannens legitime interesser. Det er følgelig hensynet til opphavsmannen som er bakgrunnen for at begrepet fremmed hjelp ble utvidet til å omfatte kopieringsutstyr som er stilt til rådighet av en "fremmed".

Til forskjell fra tilfeller hvor kopieringsutstyr blir stilt til rådighet, har man ingen konkrete holdepunkter for å si at lagringskapasitet som stilles til disposisjon vil føre til økt privatbrukskopiering. Man kan si at bruk av eksterne lagringstjenester indirekte vil føre til økt privatbrukskopiering idet man vil avstå fra å kopiere dersom man ikke har tilstrekkelig lagringsplass selv. Videre må det bemerkes at tjenestens funksjoner kan gjøre det mer attraktivt å ta i bruk en slik lagringstjeneste. Denne sammenhengen blir imidlertid litt avledet og indirekte. Dersom tilbudet om bruk av eksterne lagringstjenester ikke fantes ville man uansett ha muligheten til å kjøpe et eget lagringsmedium.

Hensynet til forutberegnelighet tilsier at begrepet ikke strekkes for vidt. Man har i utgangspunktet strukket ordlyden langt ved å la begrepet fremmed hjelp omfatte kopieringsutstyr stilt til rådighet av en utenfor ens familie- og vennekrets.

Forutberegnelighetshensynet taler følgelig imot at forbudet skal strekkes enda lenger til også å omfatte eksterne lagringstjenester. Privatbruksadgangen skal ikke anses som et unntak fra opphavsmannens enerett, men som en selvstendig rett.⁸¹ Dette taler følgelig for at man ikke skal trekke unntaket for fremmed hjelp så vidt som mulig for å beskytte opphavsmannens interesser. Det skal her som ellers foretas en interesseavveining mellom de motstridende interesser.

⁸¹ Se nærmere om dette i punkt 3.2

Det må imidlertid vurderes om bruk av eksterne lagringstjenester må anses å tilsidesette opphavsmannens interesser på en urimelig måte. Ettersom eksterne lagringstjenester fungerer som et alternativ til andre lagringsmedier, og det ikke kan sies at lagringsmediet i seg selv vil føre til økt privatbrukskopiering, vil det ikke utgjøre noen forskjell for opphavsmannen om lagringen av verket skjer på et privat lagringsmedium eller på en ekstern lagringstjeneste. Opphavsmannens økonomiske interesser vil ikke bli tilsidesatt ved bruk av eksterne lagringstjenester. Dette taler sterkt for at eksterne lagringstjenester ikke er å anse som fremmed hjelp.

Som påpekt av Rognstad er loven ikke klar på dette punkt, og så lenge lovgiver ikke har tatt nærmere stilling til hva som ligger i begrepet fremmed hjelp, bør man stå tilbake for å gi begrepet en utvidende fortolkning.⁸² Eksterne lagringstjenester anses følgelig ikke som fremmed hjelp.

Et annet spørsmål er om det har betydning at tilbyderer av den eksterne lagringstjenesten opptrer i ervervsmessig øyemed. Det kan spørres om man er innenfor privatbrukskriteriet i § 12.

Betydningen av at hjelperen opptrer i ervervsmessig øyemed ble drøftet i forarbeidene til 1961-loven. Selv om adgangen til å benytte fremmed hjelp var atskillig videre ved lovens vedtakelse må betraktningene i forarbeidene ha relevans også i dag. Stortingskomiteen uttalte i Innst.O. nr.103 s. 18 i denne forbindelse at "[d]en som til privat bruk vil ha tatt avskrift av et verk må kunne henvende seg til et avskrivningsbyrå, uten å gå ut over sin rett etter § 11, første ledd [någjeldende § 12]. *Den egentlige avskriver har jo her et klart ervervsøyemed, men forholdet må sees slik at det er bestilleren som er eftergjører [eksemplarfremskaffer] i lovens forstand, og det må derfor være hans forhold og hensikter som er avgjørende (min utheving)*".

⁸² Upublisert materiale Rognstad s. 256

Det må etter dette legges til grunn at det er eksemplarframstillerens hensikter, og ikke tilbydereren av tjenesten sine hensikter, som er avgjørende for vurderingen av om det er tale om privat bruk. Privatbrukskriteriet er drøftet i punkt 4.1.

7 Avsluttende bemerkninger

Som fremstillingen viser er adgangen til å ta i bruk eksterne lagringstjenester innenfor rammene av åvl. § 12 langt fra klar. Bakgrunnen for dette er at privatbruksbestemmelsen opererer med svært vage og skjønnspregede vilkår, som i liten grad er tilpasset den digitale utviklingen.

Privatbruksbestemmelsen har i det vesentlige den samme ordlyden som ved vedtakelsen av loven i 1961. I lys av den digitale utviklingen er mulighetene til eksemplarframstilling til privat bruk helt andre i dag enn i 1961. Det er på det rene at de skjønsmessige vilkårene nedfelt i § 12 må tolkes i lys av denne utviklingen, ettersom balansen mellom opphavsmannens og brukerens interesser ønskes opprettholdt. Fremstillingen har likevel vist at vilkårene ikke fullt ut er egnet for å vurdere lovligheten av alle former for eksemplarframstilling til privat bruk. Eksempelvis kan det – for så vidt gjelder begrensningen av eksemplarframstillingsretten til ”enkelte eksemplar” – være mer inngripende for opphavsmannen at brukeren fremstiller ett eksemplar på en digital lagringstjeneste enn en rekke fysiske kopier.

Det er behov for en gjennomgang av flere av bestemmelsene i åndsverkloven, ettersom både innholdet og ordlyden i disse gjenspeiler en annen virkelighet enn den vi står overfor i dag. Som påpekt av departementet i Ot.prp.nr. 46 (2004-2005) s. 14 er loven komplisert og vanskelig tilgjengelig, både språklig og strukturelt. Kulturdepartementet har planlagt å sette i verk en lovrevisjon, som forventes å være ferdigstilt i 2009. Mandatet for revisjonen er foreløpig ikke fastsatt. Foruten en redaksjonell gjennomgang – for å gjøre loven enklere og

mer oversiktlig – bør det foretas en grundig gjennomgang av privatbruksbestemmelsen i § 12. Dette er en bestemmelse som retter seg mot allmennheten, og forutberegnelighetshensyn taler derfor for at det bør klargjøres hva som ligger i bestemmelsens enkelte vilkår. Uklarheten rammer i dag brukerne ved at det råder tvil om skillet mellom lovlig og ulovlig kopiering og lagring av blant annet digitale filmverk og musikkverk. I lys av den intensiverte innsatsen for å få bukt med ulovlig privatbrukskopiering, etterspørres en klarere rettstilstand på dette området.

Litteraturliste

Ficsor, Mihály. *The Law of Copyright and the Internet. The 1996 Treaties, their Interpretation and Implementation*. Oxford, 2002

Koktvedgaard, Mogens. *Lærebog i Immaterialret. Ophavsret – patentret – brugsmodelet – designret – varemærkeret*. 7. udgave ved Jens Schovsbo. København, 2005

Nordisk udredningsserie. 1973. 21/73. *Upphovsrätt I. Fotokopiering och bandinspelning särskilt inom undervisningsverksamhet*. Stockholm, 1974

Olsson, Henry. *Copyright. Svensk och internationell upphovsrätt*. 7. uppl. Stockholm, 2006

Olsson, Henry. *Upphovsrättslagsstiftningen. En kommentar*. 2. uppl. Stockholm, 2006

Rognstad, Ole-Andreas i samarbeid med Birger Stuevold Lassen. *Fragmenter til en lærebok i opphavsrett*. Oslo, 2004

Senftleben, Martin. *Copyright, Limitations and the Three-Step Test. An Analysis of the Three-Step Test in International and EC Copyright Law*. The Hague, 2004

Steen, Therese. *Eksemplarfremstilling til litterære verk til privat bruk*. CompLex 1/97. Oslo, 1996

Sterling, J.A.L. *World Copyright Law*. 2nd Edition. London 2003

Lover:

Lov 12. mai 1961 nr. 2 om opphavsrett til åndsverk m.v.

Lov 17. juni 2005 nr. 97 om endringer i åndsverkloven m.m.

Forarbeider:

NOU 1983: 35 Endringer i åndsverkloven m.v.

Ot.prp. nr. 26 (1959-1960) Lov om opphavsrett til åndsverk

Innst. O. XI (1960-1961) Lov om opphavsrett til åndsverk

Ot.prp. nr. 15 (1994-1995) Om lov om endringer i åndsverkloven m.m.

Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) Om lov om endring i åndsverkloven m.m.

Innst.O. nr. 103 (2004-2005) Innstilling fra familie-, kultur- og administrasjonskomiteen om lov om endring i åndsverkloven m.m.

Odelstingsforhandling 4. juni 2005 om endringer i åndsverkloven m.m

Konvensjoner:

Europaparlaments- og rådsdirektiv 2001/29/EF av 22. mai 2001

Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, 1888 (med senere endringer Paris 1971)

Rettspraksis:

Rt-1991-1296 (465-91)

Annet:

Upublisert materiale Rognstad

